

## § 8 Ansprüche gegen Sachverständige, Qualitätsüberwacher und Fremdüberwacher

	Rn.		Rn.
<b>A. Typische Fallkonstellationen</b> .....	2	<b>D. Ansprüche gegen den privat beauftrag-</b>	
<b>B. Prüfungsgesichtspunkte</b> .....	10	<b>ten Sachverständigen</b> .....	86
<b>I. Ansprüche gegenüber Sachverständigen</b> .....	11	<b>I. Die Rolle des privat beauftragten Sach-</b>	
1. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprü-		<b>verständigen</b> .....	87
chen gegen Gerichtssachverständi-		1. Übertragene Planungsaufgaben – die	
gen: .....	12	Rolle als Planer .....	88
2. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprü-		2. Beauftragte Gutachter- und Bera-	
chen gegen Privatgutachten .....	13	tungsleistungen .....	89
3. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprü-		<b>II. Werkvertragliche Ansprüche aus mangel-</b>	
chen gegen Schiedsgutachten .....	14	<b>hafter Begutachtung</b> .....	91
4. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprü-		1. Das mangelhafte Gutachten .....	93
chen gegen einen Sicherheits- und		a) Vertraglich vereinbarte Beschaffen-	
Gesundheitskoordinator .....	15	heit (§ 633 Abs.2 Satz 1 BGB) ....	96
<b>II. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen</b>		b) Vertraglich vorausgesetzte Verwend-	
<b>gegen Qualitätsüberwacher</b> .....	16	ungseignung (§ 633 Abs.2 Satz 2	
<b>III. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen</b>		<b>Nr.2 BGB)</b> .....	100
<b>gegen Fremdüberwacher</b> .....	17	aa) Gutachtenstypen als Beschaf-	
<b>C. Ansprüche und Klage gegen den</b>		fenheiten oder vertraglich	
<b>Gerichtssachverständigen</b> .....	18	vorausgesetzte Verwendungs-	
<b>I. Auf § 839 a BGB gestützte Klage</b> .....	21	eignung .....	103
1. Anwendungsbereich .....	22	bb) Die Auftragsbedingungen ....	104
2. Die entscheidenden Hürden des		cc) Gutachtenszweck .....	107
§ 839 a BGB .....	23	c) Anforderungen an die gewöhnliche	
a) Unrichtigkeit des Gutachtens ....	24	Verwendungseignung eines Gut-	
aa) Falsche Feststellungen hinsicht-		achtens (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2	
lich der behaupteten Tatsa-		<b>BGB)</b> .....	109
chen. ....	28	aa) Richtigkeitskriterien .....	110
bb) Falsche Feststellungen zu Ursa-		bb) Richtigkeitskriterien bei	
chen .....	38	Rechtsfragen und Komplexfra-	
cc) Falsche Bewertungen – Sach-		gen .....	113
verständigenfragen – Rechtsfra-		2. Mangelzurechnung .....	118
gen .....	39	3. Sachmängelrechte .....	119
dd) Falsche Bewertungen – Gutach-		a) Nacherfüllung (§ 635 BGB) .....	120
ten nach bestem Wissen und		b) Selbstbeseitigung (§ 637 BGB) ....	121
Gewissen .....	43	c) Minderung .....	122
b) Kausalität .....	58	d) Schadensersatzklage .....	124
c) Verschulden .....	62	<b>4. Aktivlegitimation</b> .....	127
d) Verursachung eines Schadens ....	64	a) Vertrag mit Schutzwirkung zugun-	
3. Aktivlegitimation – befugter Kläger .	65	sten Dritter .....	128
4. Ausschluss der Haftung .....	66	b) Typen .....	130
5. Darlegungs- und Beweislast .....	67	c) Geschützte Dritte .....	132
<b>II. Ansprüche aus § 839 BGB</b> .....	72	<b>5. Passivlegitimation</b> .....	133
1. Anwendungsbereich .....	73	<b>6. Vertragliche Haftungsregeln</b> .....	134
2. Der Gutachterausschuss nach BauGB	74	<b>7. Verjährung</b> .....	135
3. Klage wegen unrichtiger Wertermitt-		<b>8. Mitverschulden</b> .....	138
lung durch Gutachterausschuss .....	75	<b>9. Darlegungs- und Beweislast</b> .....	139
<b>III. Ansprüche aus §§ 823, 826 BGB</b> .....	77	<b>III. Ansprüche des Auftraggebers aus uner-</b>	
1. Konkurrenz zu § 839 a BGB .....	77	<b>laubter Handlung</b> .....	140
2. Eröffneter Anwendungsbereich –		1. Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB ....	141
Schadensverursachung bei Augen-		2. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB ....	142
scheinahme .....	78	3. Ansprüche aus § 826 BGB .....	143
<b>IV. Verjährungsregeln</b> .....	85		

<b>E. Ansprüche gegen den Schiedsgutachter</b> .....	146
I. Abgrenzung Privatgutachter und Schiedsgutachter .....	148
II. Haftungsregeln .....	150
1. Offenbare Unrichtigkeit oder Unbilligkeit des Schiedsgutachtens .....	152
a) Unbilligkeit als Maßstab .....	153
b) Unrichtigkeit als Maßstab .....	154
c) Unvollständige Begründung .....	155
d) Prüfungsgrundlage .....	156
2. Haftung für sonst verursachte Schäden .....	157
<b>F. Ansprüche gegen Qualitätsüberwacher</b> .....	158
I. Der Qualitätsüberwacher neben dem Planer (baubegleitende Qualitätsüberwachung) .....	159
1. Klageart .....	162
2. Vertragsnatur .....	163
a) Dienstvertrag .....	165
b) Werkvertrag .....	166
c) Werk .....	168
d) Gutachten als Werk .....	171
e) Mangelfreies Entstehenlassen des Bauwerks als Werk (baubegleitende Qualitätssicherung) .....	174
II. Qualitätsüberwacher als Fremdüberwacher (anerkannte Überwachungsstelle) .....	175
1. Fremdüberwachung nach technischen Normen .....	176
2. Fremdüberwachung nach vertraglichen Vereinbarungen .....	177
3. Ansprüche des überwachten Unternehmers gegen Fremdüberwacher (Überwachungsstelle) .....	178
a) Überwachungsvertrag nach technischen Vorgaben .....	179
b) Überwachungsvertrag nach vertraglicher Vereinbarung .....	180
c) Vertragsnatur .....	181
d) Folgerungen .....	182
<b>G. Ansprüche gegen den Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator</b> .....	183

- 1 Ansprüche gegen Sachverständige, Qualitätsüberwacher und Fremdüberwacher kommen aus unterschiedlichen Gründen in Betracht. Der Auftraggeber des Sachverständigen (Privatgutachter) hat sich auf dessen Gutachten verlassen und entsprechende Dispositionen vorgenommen. Da das Gutachten falsch ist, erweist sich diese Disposition als nachteilig. Der eingeschaltete Ingenieur übersieht in seiner Eigenschaft als Qualitätsüberwacher die unzulängliche Betonüberdeckung, was für den konstruktiven Brandschutz nachteilige Folgen hat. Eine Vielzahl von Konstellationen ist in Betracht zu ziehen.

### A. Typische Fallkonstellationen

- 2 **Beispiel:** Der Privatgutachter hält die Schlussrechnung des Unternehmers, die der Auftraggeber rechtzeitig als nicht prüfbar und falsch beanstandet hat, für prüfbar und auch für richtig. Der Unternehmer erhebt deshalb Zahlungsklage und erleidet in der mündlichen Verhandlung Schiffbruch: Das Gericht qualifiziert die Schlussrechnung als nicht prüfbar und weist die Klage deshalb auf Kosten des Klägers (Unternehmer) als zur Zeit unbegründet hat. Dem Unternehmer geht es darum, unter welchen Voraussetzungen der Privatgutachter erstattungspflichtig ist.
- 3 Hat ein Gerichtssachverständiger ein falsches Gutachten erstattet, auf dem das Endurteil beruht, bildet § 839 a BGB die Grundlage für Schadensersatzansprüche gegen den Sachverständigen. Diese stehen gem. § 839 a Abs. 2 BGB jedoch nur subsidiär zur Verfügung. Primär hat der Betroffene gegen das Urteil das zulässige Rechtsmittel einzulegen.
- 4 Ein Auftraggeber greift auf einen beauftragten Qualitätsüberwacher als Gesamtschuldner im Mangelfall neben einem eingeschalteten Planer und dem ausführenden Unternehmer zurück. Der Auftraggeber ist der Meinung, der Mangel sei auch dem Qualitätsüberwacher zurechenbar; denn die Mangelvermeidung sei zumindest auch Sache des Qualitätsüberwachers gewesen. Die Einzelheiten des Vertragsinhalts mit dem Qualitätsüberwacher und die Rechtsnatur eines solchen Vertrages werden bedeutsam. Denn ein Werkvertrag wickelt sich anders ab als ein Dienstvertrag.

## § 8

## B. Prüfungsgesichtspunkte

**Beispiel:** Der Auftraggeber schaltet einen Planer ein, dessen spezielle Aufgabe die Überwachung der Abstimmung und Integration der Fachplanungsleistungen mit den Objektplanungen ist. Gerade in diesem Bereich wird es wegen eines Versagens des Objektplaners nach § 15 HOAI und des Qualitätsübersichters notwendig, mittels Kernbohrungen an den erforderlichen Stellen für Durchführungen und Öffnungen zu sorgen. Der Auftraggeber setzt neben dem Architekten, der auch mit der Phase 8 des § 15 HOAI betraut worden ist, einen Sachverständigen ein, der neben dem Architekten die „Abnahme“ vorzunehmen hat. Beiden entgehen Mängel, die den Auftraggeber berechtigt hätten, die Abnahme zu verweigern. 5

Den Fremdüberwacher geht der Unternehmer mit dem Vorwurf an, er – der Unternehmer – habe zwar mangelhaft geleistet, aber der Fremdüberwacher hätte dies bei ordnungsgemäßer Vornahme der Überwachungstätigkeit alsbald bemerken und Abstellung verlangen müssen. Bei mangelfreier Erfüllung der Aufgabe durch den Fremdüberwacher hätten das Ausmaß der mangelhaften Ausführung und damit der Mängelbeseitigungsumfang erheblich reduziert werden können. Diese Aufwandserhöhung verlangt der Unternehmer vom Fremdüberwacher ersetzt. 6

**Beispiel:** Für den Auftraggeber, der eine mangelbehaftete Leistung erhalten hat, zu deren ordnungsgemäßer Herstellung der Unternehmer wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr in der Lage ist, stellt sich die Frage, ob er gegenüber dem Fremdüberwacher aus dessen Vertrag mit dem Auftragnehmer Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ableiten kann. 7

Auf eine Baustelle treffen die Voraussetzungen für den Einsatz eines Sicherheits- und Gesundheitskoordinators nach der Baustellenverordnung (BaustellV) zu (§ 2 BaustellV). Kriterien sind die Dauer der Arbeiten (mehr als 30 Arbeitstage) und gleichzeitige Anwesenheit von mehr als 20 Beschäftigten sowie der Umfang der Arbeiten mit voraussichtlich mehr als 500 Personentage. Ein Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan ist jedoch auch bei Ausführung von gefährlichen Arbeiten zu erstellen, die in der Anlage II der Verordnung aufgeführt sind. 8

**Beispiel:** Die bauliche Anlage zeichnet sich im Eingangsbereich durch eine sehr hohe Stahlkonstruktion aus, die mit Glaselementen geschlossen wird. Im Zusammenhang mit den ersten Reinigungsmaßnahmen stellt sich heraus, dass in der Konstruktion Haltelemente fehlen, die unter Unfallschutzgesichtspunkten erforderlich sind. Der Auftraggeber will auch den Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator in Anspruch nehmen, der darauf verweist, nur zeitbezogen während der Abwicklung der Maßnahme zuständig zu sein. Ob die für notwendig gehaltenen Haltelemente überhaupt in das Aufgabengebiet eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinators fallen, ist die Frage. 9

### B. Prüfungsgesichtspunkte

Bei beabsichtigter Inanspruchnahme von Sachverständigen, Qualitätsübersichtern und Fremdüberwachern ist abgesehen von nachfolgenden Gesichtspunkten von Bedeutung: Regelmäßig liegen Zahlungsansprüche aus einer Pflichtverletzung – **Schadensersatzansprüche** – inmitten. Ansprüche auf Nacherfüllung oder Minderung wegen mangelbehafteter Gutachten sind die seltene Ausnahme. Meist hat die Fehlleistung bei dem Betroffenen – Auftraggeber oder sonstigen Dritten – zu Schäden geführt, um deren Ausgleich es geht. Die vorwerfbare Fehlleistung muss die Ursache für Nachteile sein, deren Ausgleich verfolgt wird. 10

#### I. Ansprüche gegenüber Sachverständigen

In Betracht kommen Ansprüche gegen Gerichtssachverständige oder Privatsachverständige. 11

**1. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen Gerichtssachverständigen:**

- 12 ■ Ansprüche aus Vertrag scheiden aus (vgl Rn 17).
- Beachte die Subsidiarität der Sachverständigenhaftung nach § 839 a Abs.2 BGB. Primär ist der Rechtsbehelf gegen das erlassene Urteil (vgl Rn 66).
  - § 839 a BGB scheidet bei einer vergleichweisen Erledigung des Rechtsstreits aus, ebenso bei einer Rücknahme der Klage oder einem Klageverzicht, wenn das unrichtige Gutachten die Ursache hierfür darstellt (vgl Rn 21).
  - Daneben greift eventuell noch § 826 BGB, was bei Bewertungssachverständigen eher in Betracht kommt als bei Schadensgutachtern. Allerdings ist erweist sich § 839 a BGB als Sonderregelung (vgl Rn 76, 77)
  - § 823 Abs. 1 BGB scheidet regelmäßig wegen des beschränkten Schutzbereichs der Norm aus. § 823 Abs.2 BGB setzt die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus, wozu Eidesvorschriften nicht gehören; zudem ist § 839 a BGB eine vorgehende Sonderregelung (vgl Rn 77).

**2. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen Privatgutachten**

- 13 ■ Geht es um Ansprüche aus gutachterlicher oder sonstiger Leistungen? (vgl Rn 88 ff).
- Beachte, dass das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten ist, was bei entsprechender Fassung des Gutachtens Haftungsentlastung beinhalten kann (vgl Rn 110).
  - Beachte, dass die inhaltliche Aussage eines Privatgutachtens von den zur Verfügung gestellten Unterlagen wie auch von der Art des geforderten Gutachtens und dem zugestandenen Honorar abhängig sein kann (vgl Rn 100 ff).
  - Die Ansprüche können sich aus Vertrag – Werkvertrag – oder aus Gesetz – §§ 823, 826 BGB – ergeben (vgl Rn 119 ff; 140).
  - § 839 a BGB scheidet aus (Rn 21).

**3. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen Schiedsgutachten**

- 14 ■ Berücksichtige bei einem Schiedsgutachten § 319 BGB (vgl Rn 148 ff)
- Eine Haftung des Schiedsgutachters kommt nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit oder Unbilligkeit in Betracht (vgl Rn 152).
  - Die Bindungswirkung des Schiedsgutachtens geht nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit oder Unbilligkeit verloren, was mit einer Klage dann so auch dargelegt und notfalls bewiesen werden muss (vgl Rn 151).

**4. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen einen Sicherheits- und Gesundheitskoordinator**

- 15 ■ Liegt das Versagen im Bereich der Planung der Ausführung (§ 3 Abs.2 BaustellV, vgl Rn 184)?
- Liegt das Versagen im Bereich der Bauausführung (§ 3 Abs.12 BaustellV, vgl Rn 184)?

**II. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen Qualitätsüberwacher**

- 16 ■ Welche Aufgabe hatte der Qualitätsüberwacher konkret? (vgl Rn 168 ff)
- Hat der geschlossene Vertrag dienstvertragliche oder werkvertragliche Züge, ist er handlungs- oder erfolgsorientiert? (vgl Rn 163)
  - Sind bei dienstvertraglicher Einordnung die Einsatzzeiten des Überwachers bestimmt oder von diesem nach objektiven Kriterien vorgegeben? (vgl Rn 164)
  - Sind die Überwachungsmethoden vertraglich bestimmt oder ist deren Auswahl dem Überwacher mit der Folge überlassen, dass diese sachgerecht vorzunehmen sind? (vgl Rn 163)

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

- Bei werkvertraglicher Prägung: Worin sollte nach dem Willen der Vertragsschließenden das Werk des Überwachers sich vom Werk zB eines Objektplaners oder Fachplaners unterscheiden? (vgl Rn ■■■168 ff)
- Bevor eine Zahlungsklage gegen einen Qualitätsüberwacher eingereicht wird, sind diese grundlegenden Fragen zu analysieren.

#### III. Prüfungsgesichtspunkte bei Ansprüchen gegen Fremdüberwacher

- Wer macht Ansprüche geltend? Berechtigter ist in erster Linie der Auftraggeber (vgl Rn ■■■178, 182) 17
- Ist der Fremdüberwacher vertragsrechtlich außenstehenden Dritten verpflichtet? (vgl Rn ■■■182)
- Was sind konkret hinsichtlich der aufgetretenen Mängel oder Nachteile die Aufgaben des Fremdüberwachers gewesen? Liegt dieser Aufgabenerfüllung ein Dienst- oder ein Werkvertrag zugrunde? Wurde der Vertragsinhalt von den Parteien festgelegt oder sind bestimmte technische Regelwerke einschlägig, an denen sich die Tätigkeit des Fremdüberwachers auszurichten hatte? (vgl Rn ■■■176, 179 ff)

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

**Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat zu beachten, dass die Partei, nach deren Auffassung das Gutachten des Gerichtssachverständigen falsch und Grundlage der gerichtlichen Entscheidung ist, keine vertraglichen Ansprüche gegen den Gerichtssachverständigen hat. Der Gerichtssachverständige handelt auf der Grundlage des Beweisbeschlusses des Gerichts und nicht auf der Basis eines Vertrages mit den Parteien. Den Gerichtssachverständigen verbindet weder mit dem Gericht noch mit den Parteien eine Vertragsbeziehung.<sup>1</sup> In Betracht kommen allein gesetzliche Ansprüche. 18

Die in Betracht kommenden gesetzlichen Anspruchsgrundlagen unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen, bilden jedoch keinen eigenständigen Streitgegenstand, so dass im Verlauf des Verfahrens von einem materiellrechtlichen Anspruch auf einen anderen umgestellt werden kann, ohne mit prozessualen Problem einer Klageänderung konfrontiert zu werden. Denn der bloße Wechsel der rechtlichen Begründung ist bei Identität des Lebenssachverhalts und des Klagebegehrens keine Klageänderung nach § 263 ZPO.<sup>2</sup> Das Gericht hat von sich aus den vorgetragenen Sachverhalt unter allen in Betracht kommenden materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Gemeinsam ist allen Anspruchsgrundlagen, dass das Gutachten unrichtig sein muss. Die subjektiven Voraussetzungen und damit die Verschuldensformen unterscheiden sich. Die Ansprüche stehen auch nicht in gleicher Weise dem Anspruchsberechtigten zur Verfügung. 19

**Beispiel:** Der Gerichtssachverständige hat im Streit über die technisch zutreffende Maßnahme zum Schutz der Nachbarbebauung Stellung bezogen und die vom Bauherrn vorgesehenen Vorkehrungen für zutreffend erachtet. Danach gebaut erweist sich die Maßnahme als nicht ausreichend, weswegen das Nachbargebäude absinkt und Schaden leidet. Wenn das Gerichtsgutachten falsch ist und auch die sonstigen Voraussetzungen des § 839 a BGB vorliegen, scheiden Ansprüche des Nachbarn gemäß dieser Vorschrift dennoch aus. Der Nachbar ist nicht Verfahrensbeteiligter. 20

#### I. Auf § 839 a BGB gestützte Klage

**Prüfungsgesichtspunkte:**

21

<sup>1</sup> MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 2; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, 2.Aufl., § 839 a Rn 1.  
<sup>2</sup> Musielak/Foerste, ZPO, 5. Aufl., § 263 Rn 3.

- Ist der Anspruchsteller Verfahrensbeteiligter? Neben der Partei kommen auch der Streithelfer und der Streitverkündete in Betracht. (vgl Rn ■■■65)
- Ist der Rechtsstreit durch Urteil beendet worden? Eine vergleichsweise Erledigung eröffnet bei einem falschen Gutachten den Weg über § 839 a BGB nicht. (vgl Rn ■■■21)
- Ist das Gutachten unrichtig, welche Beweismittel sollen hierfür ins Feld geführt werden? (vgl Rn ■■■23 ff)
- Treffen den Gerichtssachverständigen die Verschuldensformen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit? Einfache Fahrlässigkeit reicht nicht aus. (vgl Rn ■■■62 ff)
- Wie sollen diese Verschuldensformen bewiesen werden? (vgl Rn ■■■67 ff)
- Beruht das Urteil auf dem falschen Gutachten? (vgl Rn ■■■58 ff)
- Ist gegen das Urteil Rechtsmittel eingelegt worden? Kann das Urteil noch mit Rechtsmitteln angegriffen werden? Sind Einwendungen gegen das Gutachten erhoben worden? (vgl Rn ■■■66).

### 1. Anwendungsbereich

- 22 Vorausgesetzt wird, dass ein vom Gericht ernannter Sachverständiger in einem gerichtlichen Verfahren tätig wird. Dazu gehört auch das **Zwangsversteigerungsverfahren**.<sup>3</sup> Ein von der Staatsanwaltschaft beauftragter Sachverständiger fällt nicht unter die Regelung des § 839 a BGB. In diesem Verfahren wird eine gerichtliche Entscheidung vorausgesetzt. Diese Entscheidung ist gewöhnlich ein Urteil; eine gerichtliche Entscheidung ist jedoch auch ein **Zuschlagsbeschluss** im Zwangsversteigerungsverfahren.<sup>4</sup> Eine gerichtliche Entscheidung fehlt bei einem Prozessvergleich, einer Klage- oder Berufungsrücknahme oder einem Klageverzicht, selbst wenn diese Entscheidungen durch ein unrichtiges Gutachten beeinflusst worden sind.<sup>5</sup> Diese gerichtliche Entscheidung, die auf einem unrichtigen Gutachten beruht, muss bei einem verfahrensbeteiligten einen Schaden verursacht haben. Schäden, die der Sachverständige „auf dem Weg zum Gutachten“, zB im Rahmen der Augenscheinnahme und einer zerstörenden Prüfung anrichtet, werden nicht von § 839 a BGB erfasst. Diese sog. **Begleitschäden**,<sup>6</sup> zu denen zB auch Schäden aus der Verletzung von den Sachverständigen treffenden Verkehrssicherungspflichten gehören, werden weiterhin von §§ 823, 826 BGB erfasst. Insbesondere bei **zerstörenden Prüfungen** kann es zu solchen Begleitschäden kommen, für deren Ersatz § 839 a BGB nicht die zutreffende Anspruchsgrundlage ist.

### 2. Die entscheidenden Hürden des § 839 a BGB

- 23 Die maßgeblichen Probleme der Anspruchsgrundlage des § 839 a BGB sind: Was konstituiert die Unrichtigkeit des Gutachtens? Unter welchen Voraussetzungen ist vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten nachweisbar?

#### a) Unrichtigkeit des Gutachtens

- 24 Der Gutachter hat nach § 410 ZPO wie auch nach den Bestellungsregeln für den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen<sup>7</sup> das Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten. Ein rein objektiver Ansatz scheidet deshalb dann aus, wenn der Sachverständige nach den zugrunde liegenden Regeln Spielräume hat oder hinsichtlich der zu beurteilenden Fragen in den einschlägigen Fachkreisen unterschiedliche Standpunkte vertreten

3 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

4 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

5 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

6 Terminus aus MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 25.

7 Mustersachverständigenordnung § 5 Abs. 1, abgedruckt in: *Bleutge*, Sachverständige, Inhalt und Pflichten ihrer öffentlichen Bestellung, 6. Aufl., 2003, S. 60.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

werden. Ein rein objektiver Ansatz, wie er stellenweise dann vertreten wird, wenn darauf abgestellt wird, dass Unrichtigkeit vorliege, wenn das Gutachten nicht der objektiven Sachlage entspricht,<sup>8</sup> weist dem Gebot, dass der Sachverständige das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten hat, zu wenig Bedeutung bei. Im Streit der Meinungen über Bewertungsmaßstäbe und Beurteilungen ist es Aufgabe des Sachverständigen seinen Standpunkt in der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen zu begründen und seine Behauptungen unter Angabe von Quellen abzusichern.<sup>9</sup> Dann sind das Gericht und die Verfahrensbeteiligten ausreichend informiert und zur Beweiswürdigung nach § 286 ZPO in der Lage.

Ausgehend von den einem Gerichtssachverständigen übertragbaren Aufgaben<sup>10</sup> kann es zu Unrichtigkeiten auf verschiedenen Ebenen kommen. Die Ebene der Tatsachenfeststellung ist von der Bewertungsebene und den einer Bewertung zugrunde liegenden theoretischen Ansätzen zu unterscheiden. Bei der **Tatsachenfeststellung** geht es um die Methode, die Art und Weise der eingesetzten Geräte, die Anzahl von Messstellen, gezogenen Proben und Ähnliches. Die **Bewertung** hat es vor allem mit dem in Betracht kommenden Maßstab und mit Prognoseabwägungen zu tun. In den einschlägigen Fachkreisen können unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, einschlägige Technikregeln können verschieden interpretiert werden; zu Problemen können unterschiedliche theoretische Ansätze zur Anwendung kommen. Dem Sachverständigen können Beurteilungsspielräume zur Verfügung stehen.

Dabei ist zu bedenken, dass der Kläger praktisch gegen ein Gutachten angeht, das oft in zwei Instanzen Bestand hatte und von zwei Instanzen für überzeugend (§ 286 ZPO) gehalten worden ist. Wenn man auch nicht so weit gehen muss, wie es das OLG Rostock<sup>11</sup> tut, das gleichsam eine Richtigkeitsvermutung zugunsten des Gutachtens formuliert, wenn zwei Instanzen ein Gutachten für überzeugend halten, muss sich der Kläger der Schwierigkeiten und des Risikos bewusst sein. Ein solches Gutachtensergebnis, das der Gutachter in einer der beiden Instanzen regelmäßig in Ergänzungsgutachten und Erläuterungen mit Rücksicht auf Angriffe aufgefunden hat, zum Ausgangspunkt eines Schadensersatzprozesses gegen den Gutachter zu machen, ist erheblich risikobehaftet. Wenn allerdings das OLG Rostock<sup>12</sup> fordert, ein Kläger habe im Verfahren nach § 839 a BGB näher zu erläutern, „warum auch die Gerichte – hier Landgericht und Oberlandesgericht – nicht nur übersehen haben sollen, dass sie ihrer Entscheidung in Teilen unrichtige Gutachten zugrunde legen, sondern, dass dies auch jedem, also auch den entscheidenden Richtern, auf Grund nahe liegender Überlegungen hätte einleuchten müssen,“ ist nicht erkennbar, dass dies eine nach § 839 a BGB erforderliche Anspruchsvoraussetzung sein soll. Das Gutachten muss unrichtig sein, was der Sachverständige in besondere Weise – Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit – zu vertreten haben muss. Für beides ist nicht auf die Erkenntnislage des entscheidenden Gerichts abzustellen.

**Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat den Kläger über die Risiken schriftlich aufzuklären, um sich seinerseits abzusichern. Ist eine Rechtsschutzversicherung eingebunden, wird deren Deckungszusage eine Risikoabwägung zugrunde liegen.

#### aa) Falsche Feststellungen hinsichtlich der behaupteten Tatsachen.

Diesbezügliche vom Kläger erhobene Vorwürfe werden regelmäßig durch ein Privatgutachten unterlegt sein. Die Anforderungen an die Überzeugungskraft eines solchen Gutachtens, das als

<sup>8</sup> MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 17.

<sup>9</sup> Vgl zu den Anforderungen an die Argumentation in einem Gerichtsgutachten BGH 17.6.2004 – VII ZR 75/03, BauR 2004, 1438 = NJW-RR 2004, 1218 = IBR 2004, 550.

<sup>10</sup> Vgl § 4 Rn ■■■■.

<sup>11</sup> OLG Rostock 21.3.2006 – 8 U 113/05, BauR 2006, 1337 = IBR 2006, 406.

<sup>12</sup> OLG Rostock 21.3.2006 – 8 U 113/05, BauR 2006, 1337 = IBR 2006, 406.

qualifizierter Parteivortrag in den Prozess eingeführt wird,<sup>13</sup> sind sehr hoch. In dem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, welche Beweisthemen der Gerichtssachverständige zu bearbeiten hatte und welcher Aufwand nach dem von den Parteien gezahlten Kostenvorschuss dem Gerichtssachverständigen zuzugestehen ist.

- 29 **Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat zu überlegen, ob für das Verfahren das Privatgutachten ausreichend ist, das bereits in dem zugrundeliegenden Verfahren eingesetzt worden ist.
- 30 Regelmäßig wird ein solches Privatgutachten im Rahmen des vorausgegangenen Verfahrens deshalb „verbraucht“ worden sein, weil sich damit der in diesem Verfahren eingeschaltete Gerichtsgutachter in einem Ergänzungsgutachten oder im Rahmen einer Erläuterung auseinandergesetzt hat. Welchen Anlass soll das nunmehr für die Schadensersatzklage gegen den Sachverständige zuständige Gericht haben, von den Ausgangsurteilen abzuweichen, es sei denn, dass neue überzeugende Erkenntnisse vorgetragen werden. Für die Klage wird deshalb gewöhnlich vorbereitend ein neues, inhaltlich und formal überzeugendes Privatgutachten erforderlich sein, das die bisherigen Ergebnisse widerlegt.
- 31 **Beispiel:** Der Gutachter hat in seinem Gutachten, auf dem die Urteile erster und zweiter Instanz beruhen, hinsichtlich der beanstandeten Ebenheitsabweichungen ausgeführt, ein Mangel liege nicht vor, denn der Grenzwert sei bei einem Messabstand von 4 m nach der einschlägigen Tabelle 3, Zeile 3 der DIN 18202 Fassung 2005 eingehalten. Der Privatgutachter hatte vergeblich darauf hingewiesen, dass bei Wahl anderer Messpunktabstände eine Überschreitung der Stichmaße vorliege. Der Gerichtssachverständige hat sich damit auseinander gesetzt und darauf verwiesen, dass er in der Wahl der Messpunktabstände frei sei und seine Wahl sachgerecht getroffen habe.
- 32 Ohne ein neues überzeugendes Privatgutachten besteht regelmäßig von vornherein keine ausreichende Erfolgsaussicht. Dieses Gutachten darf sich auch nicht lediglich in Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten und nicht belegbaren Wertungen erschöpfen. Quellen sind offen zu legen; vom Sachverständigen vertretene Rechtsauffassungen helfen auch nicht weiter.<sup>14</sup>
- 33 **Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat im Rahmen der Beratung seines Mandanten dafür zu sorgen, dass der Privatgutachter, auf dessen Gutachten die Klage gegen den Sachverständigen gestützt werden soll, über die Zweckrichtung beweiskräftig – schriftlich – informiert und auf die Bedeutung seines Gutachtens hingewiesen wird. Kommt das Gutachten zu dem Ergebnis, dass verschiedene Vorgehensweisen und Beurteilungsmöglichkeiten bestehen, von denen der angegriffene Sachverständige nicht abweicht, ist eine Schadensersatzklage nach § 839 a BGB sinnlos.
- 34 Falsche Feststellungen können ihre Ursache auch darin haben, dass unterschiedliche Messgeräte mit unterschiedlichen Genauigkeitsgraden eingesetzt werden. Differierende Ergebnisse können darauf zurückzuführen sein, dass die Untersuchungsdichte des für die Erhebung der Schadensersatzklage zugezogenen Privatgutachters von der des Gerichtsgutachters im vorangegangenen Verfahren abweicht. Dann mag das Gutachten des Gerichtssachverständigen falsch sein; hat der Gerichtsgutachter in seinem Gutachten jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass er wegen des zur Verfügung gestellten Kostenvorschusses lediglich ein **ingeschränktes Untersuchungsprogramm** „fährt“ und Genaueres erst durch weitere Prüfungen feststellbar sei, hat er jedenfalls weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt. Vielmehr liegt die Verantwortung in solchen Fällen bei dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten.
- 35 **Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat darauf zu achten, dass die Untersuchungs- und Prüfungsmethoden den Belastungen entsprechen, denen das Bauwerk oder Bauteil ausgesetzt ist. Die Prüfungsergebnisse dürfen nicht die Folge von Belastungsproben sein, denen das Bauwerk/Bauwerksteil

13 BGH 24.2.2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NJW 2005, 1650 = IBR 2005, 247.

14 BGH 17.6.2004 – VII ZR 75/03, BauR 2004, 1438 = IBR 2004, 550 und 487.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

gewöhnlich wie auch nach der vertraglich vorausgesetzten Verwendung nicht ausgesetzt ist. Gibt es es normierte Prüfungsverfahren, sind diese einzuhalten.

Kommen normierte **Prüfungsverfahren** zur Anwendung, ist deren Anwendungsbereich zu beachten. 36  
Prüfungsmethoden, die die Herstellung von Baustoffen betreffen und sich an den Hersteller richten, müssen nicht für das aus diesen Baustoffen hergestellte Werk einschlägig sein.

**Beispiel:** Die EN 12859 Ausgabe 2001-Deutsche Fassung – Gips-Wandbauplatten, stellt im 37  
Abschnitt 4.7 folgende Ebenheitsanforderungen an eine solche Gips-Wandbauplatte: „Bei Bestimmung nach 5.4 darf die maximale Abweichung von der Ebenheit der einzelnen Platte nicht größer als 1 mm sein.“ Der Abschnitt 5.4 beschreibt die Durchführung der Ebenheitsprüfung. Die Ebenheitsanforderungen an eine fertige Wand aus Gips-Wandbauplatten bestimmen sich nicht danach, sondern nach der Tabelle 3 der DIN 18202, Zeile 6, womit der zulässige Grenzwert je nach Messpunktständen zwischen 3 und 25 mm beträgt. Hat sich der Gerichtssachverständige daran ausgerichtet und bringt ein Privatgutachter nunmehr die Prüfungsregeln für die Gips-Wandbauplatte selbst ins Spiel und stellt er fest, dass die Ebenheit der Platten in sich über der Toleranzgrenze von 1 mm liegt, bringt dies nichts. Denn zu prüfen ist das fertige Werk und nicht das einzelne Bauteil.

#### bb) Falsche Feststellungen zu Ursachen

Die Ursachenfrage ist eine der maßgeblichen Beweisthemen in Bauprozessen. Führt der Gerichts- 38  
sachverständige die Ursache der zahlreichen Rissebilder im Beton auf Mängel im Material und in der Ausführung zurück, was der Rohbauunternehmer mit Hinweis auf die Ursachen in der Statik und der Bewehrungsplanung bestritten hat, ist diese sachverständige Feststellung von zentraler Bedeutung. Sie muss durch weitere Begutachtungen aus den Angeln gehoben werden können. Auf der Basis des Gutachtens des einzuschaltenden Privatgutachter muss das im Vorprozess erstattete Gutachten nicht nur als ungenügend iSd § 412 ZPO, sondern als unrichtig erscheinen. Wenn das Privatgutachten zur Vorbereitung des Rechtsstreits gegen den im Vorprozess tätigen Gerichtssachverständigen lediglich zu dem Ergebnis kommt, dass Konstruktion und Bemessung möglicherweise die Ursache sind, ist die beabsichtigte Klageerhebung massiv risikobelastet. Denn das Gericht muss im Folgeprozess nach § 286 ZPO die Überzeugung gewinnen, dass die Ursache in der Planungs- und nicht in der Ausführungsleistung liegt.

#### cc) Falsche Bewertungen – Sachverständigenfragen – Rechtsfragen

Hinsichtlich des Vorwurfs einer unrichtigen Begutachtung wegen falscher Bewertung sind 39  
verschiedene Differenzierungen angezeigt. Hat der Sachverständige klar Rechtsfragen beantwortet, die vom Gericht so auch übernommen worden sind, und erweist sich das rechtliche Fundament als falsch, mag das Gutachten unrichtig sein. Die Gerichtsentscheidung beruht dann nicht auf dem Gutachten und damit auf einer Pflichtverletzung des Sachverständigen, sondern auf einer Fehlleistung des Gerichts.

**Beispiel:** Der Sachverständige beantwortet die Beweisfrage, ob der Aufwand für die Mängel- 40  
beseitigung unverhältnismäßig ist, positiv und bestimmt die Minderung dennoch nach den eigentlich unverhältnismäßigen Aufwendungen. Das übernimmt das Gericht sämtlich in sein Urteil, das so im Berufungsverfahren auch bestätigt wird. Das widerspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung.<sup>15</sup> Die Unrichtigkeitsgründe des Gutachtens liegen nicht im technischen sondern in dem Bereich, für den nach Auffassung des BGH das Gericht verantwortlich ist. Das Gericht trifft die Prüfungsaufgabe, ob den gutachterlichen Feststellungen fehlerhafte juristische

<sup>15</sup> BGH 10.11.2005 – VII ZR 64/04, BauR 2006, 377 = IBR 2006, 85; BGH 9.1.2003 – VII ZR 181/00, BauR 2003, 533 = IBR 2003, 186 und 187.

Vorstellungen zugrunde liegen.<sup>16</sup> Wenn § 839 a BGB an die Unrichtigkeit des Gutachtens anknüpft, was der Gerichtsgutachter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, dann muss die Unrichtigkeit ihren Grund in der fachtechnischen Komponente ihren Grund haben. Hat die Fehlerhaftigkeit des Urteils, das den Nachteil bei dem Kläger ausgelöst hat, der bei dem Sachverständigen regressieren will, ihren Grund im Versagen des Gerichts, scheidet § 839 a BGB aus.

- 41 Ausgangspunkt der Anspruchsgrundlage des § 839 a BGB ist ein unrichtiges Urteil. Das Urteil ist falsch, weil es auf einem unrichtigen Gutachten beruht. Ist das Gutachten deshalb unrichtig, weil der Sachverständige seiner Bewertung fehlerhafte rechtliche Vorstellungen zugrunde legt, dann trifft die Verantwortung allein das Gericht und nicht den Sachverständigen. Das Gericht hat in seiner Kontrollaufgabe versagt. Das Gutachten ist in solchen Fällen regelmäßig nicht unrichtig, wenn allein auf die technisch maßgeblichen Parameter abgestellt wird. Der von Rechts wegen einschlägige Maßstab weicht stellenweise von den technischen Anforderungen ab. Darauf zu achten und ein Gutachtensergebnis darauf zu prüfen, ist Aufgabe des Gerichts.
- 42 **Beispiel:** Der Sachverständige hat den Mangel verneint. Diese Bewertung beruht auf einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung. Anschaulich belegen dies höchstrichterliche Erkenntnisse aus jüngster Zeit.<sup>17</sup> Erfolgt in solchen Fällen eine Korrektur der falschen Urteile in der zweiten Instanz nicht, geht es nicht an, dass der Sachverständige nach § 839 a BGB mit der Haftung überzogen wird.

#### dd) Falsche Bewertungen – Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen

- 43 Von entscheidender Bedeutung ist, ob die Anspruchsvoraussetzung „**unrichtiges Gutachten**“ immer objektiv zu beurteilen ist. Wenn der Gutachter das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten hat,<sup>18</sup> kann dies nicht ohne Auswirkungen auf die Richtigkeitsparameter sein. Ein unrichtiges Gutachten soll dann vorliegen, wenn das Gutachten objektiv falsch ist oder nicht der objektiven Sachlage entspricht.<sup>19</sup> Allein dadurch, dass ein Privatgutachter oder ein zweiter nach § 412 ZPO eingeschalteter Gutachter ein abweichendes Gutachten erstattet, wird das Gutachten nicht unrichtig.
- 44 **Beispiel:** Der Gerichtsgutachter hat die Aufgabe, die Honorarzone eines zu planenden Gebäudes zu bestimmen. Er kommt im Rahmen einer Punktebewertung zu 25 Punkten nach § 11 HOAI und stuft das Gebäude deshalb in die Honorarzone III ein. Ein Privatgutachter kommt zu 30 Punkten und ein darauf hin nach § 412 ZPO eingeschalteter weiterer Gutachter kommt zu 27 Punkten und damit zur Honorarzone IV. Welches Gutachten nunmehr richtig oder unrichtig ist, ist die Frage. § 11 HOAI differenziert zwar zwischen verschiedenen Kriterien (Einbindung in die Umgebung, Funktionsbereich, gestalterische Anforderungen, Konstruktion, Technische Ausrüstung, Ausbau) und nimmt eine Punktezuerteilung vor. Die Bewertung lässt jedoch Spielräume.
- 45 § 11 Abs. 3 HOAI verdeutlicht, dass ein Gutachter bei der Punktebewertung Spielräume hat. Entscheidend ist nicht die objektive Sachlage, sondern wie die objektive Sachlage bewertet wird. Damit gewinnt die zum Ergebnis hinführende Begründung maßgebliche Bedeutung. Gleiches gilt,

16 BGH 9.2.1995 – VII ZR 143/93, BauR 1995, 538 = IBR 1995, 325.

17 BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344 = NJW 2008, 511 = IBR 2008, 77–79; BGH 23.6.2005 – VII ZR 200/04, NJW 2005, 3420 = BauR 2005, 1473 = IBR 2005, 491; BGH 21.9.2004 – X ZR 244/01, BauR 2004, 19141 = IBR 2004, 611.

18 Mustersachverständigenordnung § 5 Abs. 1: „Der Sachverständige wird in der Weise vereidigt, dass der Präsident oder ein Beauftragter der Industrie- und Handelskammer an ihn die Worte richtet: „Sie schwören, dass Sie die Aufgaben eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und die von Ihnen angeforderten Gutachten entsprechend nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werden...“.

19 *Henssler/Graf von Westphalen/Kilian, Praxis der Schuldrechtsreform*, § 839 a Rn 11; *MünchKommBGB/Wagner* § 839 a Rn 17.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

wenn § 24 Abs. 1 HOAI für die Einzonung eines Umbaus oder einer Modernisierung auf die sinngemäße Anwendung des § 11 HOAI verweist und für den eingeschalteten Gutachter die Frage entsteht, ob die „Einbindung der Modernisierung in das vorhandene Gebäude“ ein der „Einbindung in die Umgebung“ entsprechendes Punktekriterium ist.

**Hinweis:** Bei Bewertungsspielräumen geht es nicht um die objektiv richtige Aussage, sondern darum, dass der Sachverständige den Bewertungsspielraum erkannt und ihn argumentativ ausgefüllt hat. Bewegt sich ein Gutachten innerhalb dessen, was im Rahmen des Bewertungsspielraums vertretbar liegt, ist das Gutachten richtig. 46

Dem Alltag des Sachverständigenbeweises entspricht, dass ein Gerichtsgutachten angegriffen und für ganz oder teilweise unzutreffend gehalten wird. Allein dieser Umstand führt nicht zur Unrichtigkeit des angegriffenen Gutachtens. Auch dann, wenn der Gerichtssachverständige eine von der allgemein vertretenen Auffassung zu einem bestimmten Problem abweichende Ansicht im Gutachten vertritt, fehlt es an einer Unrichtigkeit des Gutachtens, wenn der Sachverständige in dem Gutachten auf seine von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung deutlich hinweist und sich seine Darstellung nicht lediglich in Behauptungen erschöpft, sondern eine solide Begründung liefert. 47

**Beispiel:** Der Sachverständige erklärt im Gutachten, dass es keine sichere Methode gibt, die Anzahl der aufgetragenen Schichten eines Beschichtungssystems festzustellen. Schlüsse ließen die Schichtdicken zu. Hieraus folgert er auf die Anzahl der aufgetragenen Schichten. Der Gutachter setzt sich im Gutachten mit einer gegenteiligen Stimme in der Literatur auseinander, die der Meinung ist, es ließe sich jeder Anstrich nachweisen. Aus dargelegten Gründen hält er diese Auffassung für unzutreffend. 48

Hat ein Sachverständiger sein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten, bestimmen in einem Bereich, in dem es auf die Überzeugung ankommt, nicht nur objektive Richtigkeitskriterien über die Unrichtigkeit eines Gutachtens. Der Sachverständige, der eine herrschende Auffassung für falsch hält, darf und muss seinem Eid entsprechend das Gutachten in Übereinstimmung mit seinem bestem Wissen und Gewissen erstatten. Freilich ist er dann zur Sicherung der Richtigkeit seines Gutachtens dann auch gehalten, seine Auffassung als von der herrschenden Meinung abweichend darzustellen. Der Gutachter darf seine Auffassung nicht als die richtige oder maßgebliche darstellen, wenn in Literatur und Wissenschaft verschiedene Ansichten diskutiert werden und sich Meinungsführerschaft herausgebildet hat. Dann gehört es zu einem richtigen Gutachten, diesen Meinungsstreit darzustellen und die Gutachtensauffassung in der Auseinandersetzung damit zu begründen. 49

**Beispiele:** Der Sachverständige hat im vorausgegangenen Verfahren sein Gutachten ergänzt und in der mündlichen Verhandlung auch erläutert. Ein technischer Beirat einer Partei hatte Gelegenheit, Fragen an den Gerichtssachverständigen zu stellen. Der Gerichtssachverständige ist auf alles eingegangen und ist überzeugend bei seiner Meinung geblieben. Hier bleibt kein Raum für den Vorwurf der Unrichtigkeit des Gutachtens. Der Sachverständige hat nach dem Beweisbeschluss dazu Stellung zu nehmen, ob eine Leistung, die entgegen den **Verarbeitungsrichtlinien** eines Herstellers ausgeführt worden ist, und damit auch gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt. Diese Thematik ist dermaßen „vermient“, dass unter Berücksichtigung der Literatur und der Rechtsprechung vieles vertreten werden kann. Hier wird es kein „richtig“ oder „falsch“, sondern lediglich verschiedene Auffassungen geben. 50

Klar unrichtig ist ein Gutachten freilich dann, wenn der Gutachter die Naturgesetze missachtet, die Regeln der Mathematik und klare Regeln der Physik außer Acht lässt, was auch dann gilt, wenn er unzweifelhaft einschlägige anerkannte Regeln der Technik, über deren Inhalt und Geltung kein Zweifel besteht, übersieht. Werden zu Beweisthemen unter fachtechnischen Gesichtspunkten in der einschlägigen Fachwelt unterschiedliche Auffassungen vertreten, entscheidet 51

über die Richtigkeit des Gutachtens die Art und Weise der Begründung und die Auseinandersetzung mit den verschiedenen vertretenen Auffassungen. **Vertretbare Auffassungen** sind nicht unrichtig. Bei Anwendung der Anspruchsgrundlage aus § 839 a BGB ist zu bedenken, dass der vom Gericht beauftragte Sachverständige in einem vertragslosen Zustand tätig wird und deshalb keine Möglichkeit hat, durch eine haftungsbeschränkende Vereinbarung seine Haftung dem Umfang nach zu beschränken. Weiter bestimmt der Beweisbeschluss den Auftragsinhalt, auf dessen Formulierung der Sachverständige deshalb gleichfalls keinen Einfluss hat; bei einem Privatgutachten kann der Gutachter demgegenüber auf die Formulierung des Auftragsinhalts durchaus einwirken, womit indirekt die Haftungslage gesteuert werden kann. Das Gutachten, das **Vertrauen** für sich in Anspruch nimmt,<sup>20</sup> ist auch dann falsch, wenn es **Unterstellungen** als Tatsachen behandelt.<sup>21</sup>

- 52 **Hinweis:** An Schnittstellen zwischen technischen Wissenschaften und der Rechtswissenschaft ist zudem bei der Richtigkeitsprüfung eines Gutachtens die Rechtskontrolle durch das Gericht gefordert. Versagt das Gericht an diesen Schnittstellen, wird das Urteil nicht wegen der Unrichtigkeit des Gutachtens, sondern wegen der Versäumnisse des Gerichts falsch.
- 53 **Beispiel:** Der Beweisbeschluss lautet: Ist die Leistung gegen die Verarbeitungsrichtlinien eines Herstellers ausgeführt worden? Wenn ja, liegt dann auch ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vor? Ist die Leistung mangelhaft? Der Sachverständige lehnt in seinem Gutachten trotz des von ihm festgestellten Verstoßes gegen Verarbeitungsrichtlinien eines Herstellers iSv § 13 Nr. 1 VOB/B einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik ab und verneint einen Mangel der Leistung mit der Begründung, gegenwärtig seien Beeinträchtigungen in der Gebrauchstauglichkeit oder der Verwendungseignung nicht zu erkennen.
- 54 Werden deshalb in zwei Instanzen Sachmängelansprüche abgelehnt, bestehen nach Maßgabe des § 839 a BGB keine Regressaussichten des Klägers gegen den Sachverständigen. Das Gericht hat versagt. Es bleibt nämlich unbeachtet, dass ein Verstoß gegen Verarbeitungsrichtlinien ein Risiko darstellen kann, das sich eventuell erst in der Zukunft auswirkt. Der Komplex „Rechtlicher Stellenwert von Verarbeitungsrichtlinien“ ist durch das Gericht innerhalb der einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen zu prüfen. Ist eine Leistung vertraglich nach den Verarbeitungsrichtlinien zu erbringen, können Beschaffenheitsvereinbarungen vorliegen;<sup>22</sup> werden solche Richtlinien nicht beachtet, kann darin ein Risiko liegen, das für die Bejahung eines Mangels ausreicht.<sup>23</sup>
- 55 **Hinweis:** Der Rechtsanwalt hat zu beachten, dass § 839 a BGB nicht dazu bestimmt ist, ein Versagen des Gerichts auszugleichen, das dann vorliegt, wenn das Gericht versäumt, den technischen Komplex umfassend in den Rechtsrahmen einzupassen. Insofern wirkt der Rechtsanwalt an der Rechtsfindung mit, indem auf diese sich aus der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung ergebende Gesichtspunkte aufmerksam gemacht wird.
- 56 Denn Verarbeitungsrichtlinien oder Werkvorschriften eines Herstellers, die der verarbeitende Unternehmer auf Empfehlung des Herstellers zu beachten hat, können gerade Regeln zur Mangelvermeidung sein;<sup>24</sup> wird vertragsrechtlich die Ausführung einer Leistung nach Werkvorschrift vereinbart, kann der Sachmangel in der Verfehlung einer Beschaffenheitsvereinbarung liegen.<sup>25</sup> Nach OLG Schleswig begründet eine Verarbeitung entgegen den Herstellervorgaben einen Ver-

20 Vgl. BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059 = IBR 1998, 114.

21 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, NJW 2003, 2825, 2827 = IBR 2003, 489; BGH 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 = IBR 1995, 66 und 116.

22 OLG Schleswig 12.8.2004 – 7 U 23/99, BauR 2004, 1946 = IBR 2004, 683.

23 OLG Brandenburg 30.11.1999 – 11 U 197/98, BauR 2001, 283 = ZfBR 2001, 111.

24 BGH 11.11.1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411, 413 = IBR 2000, 65.

25 OLG Schleswig 12.8.2004 – 7 U 23/99, BauR 2004, 1946 = IBR 2004, 683.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

stoß gegen die anerkannten Regeln der Technik.<sup>26</sup> Das OLG Brandenburg verknüpft die Missachtung von Verarbeitungsrichtlinien mit dem Gedanken einer risikobehafteten und deshalb nicht sachmangelfreien Ausführung.<sup>27</sup> Die Einführung dieser Überlegungen und Gesichtspunkte in den Streitfall ist Sache des Gerichts und nicht des Sachverständigen, weil damit rechtliche Grundlagen berührt werden. Das Gericht hat zu prüfen, ob dem Gutachten fehlerhafte juristische Vorstellungen zugrunde liegen,<sup>28</sup> wozu auch die Prüfung gehört, ob der Sachverständige seine Beurteilungen allein auf der Grundlage technischer Bewertungsmaßstäbe abgibt. Das Gericht hat die Ausführungen des Sachverständigen darauf zu prüfen, ob und inwieweit diese Ausführungen Angaben enthalten, die Aufklärung im Hinblick auf entscheidungserhebliche und allein von dem erkennenden Gericht zu beantwortende Fragen zu bieten vermögen.<sup>29</sup>

**Hinweis:** Liegt eine Haftung eines Sachverständigen nach § 839 a BGB inmitten, ist zu prüfen, 57  
worin die Ursache einer behaupteten Fehlentscheidung des Gerichts liegt. Hat sie ihren Grund in Technikfehlern oder in Rechtsfehlern? § 839 a BGB ist dann nicht einschlägig, wenn die Unrichtigkeit eines Gutachtens auf rechtlichen Erwägungen beruht, die richtigerweise im Vorprozess anzustellen gewesen wären, was jedoch unterlassen worden ist. Die Unrichtigkeit des Gutachtens muss ihren Grund im Technikbereich und nicht im Rechtsbereich haben.

#### b) Kausalität

Das unrichtige Gutachten muss kausal für das Urteil oder sonstige gerichtliche Entscheidung sein, 58  
was für einen der Verfahrensbeteiligten von Nachteil ist. Wegen der Unrichtigkeit des Gutachtens muss auch die gerichtliche Entscheidung unrichtig sein. Hätte das Urteil trotz des angeblich unrichtigen Gutachtens dennoch richtig ausfallen müssen, fehlt die Ursächlichkeit. Der Umstand, dass das Gericht eine Entscheidung durch Urteil zu treffen hat, verursacht keine **Unterbrechung des Kausalzusammenhangs**.<sup>30</sup> Soweit das Gericht erkennbare Mängel und Schwachstellen des Gutachtens vorwerfbar übersieht, bleibt der Kausalzusammenhang erhalten.<sup>31</sup> Dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn das entscheidende Gericht die rechtlichen Zusammenhänge erkennt und erst diese rechtlichen Zusammenhänge dazu führen, dass das Sachverständigengutachten unrichtig ist. Soweit die Auffassung vertreten wird, die Kausalität bestehe selbst dann, wenn das Gericht seinerseits die ihm obliegenden Pflichten zur Würdigung des Gutachtens verletzt hat,<sup>32</sup> kann dies dann nicht gelten, wenn das Gericht die neben den technischen Aspekten zu berücksichtigenden rechtlichen Gesichtspunkte außer Acht gelassen hat. Kommt ein Sachverständiger aus seiner technischen Sicht zu einem Votum, das auf fehlerhaften rechtlichen Vorstellungen beruht oder rechtliche Gesichtspunkte nicht beachtet, beruht ein Urteil nicht auf einem unrichtigen Gutachten, sondern darauf, dass das Gericht die allein ihm zukommende Aufgabe nicht erfüllt hat. Wird ein Gutachtensergebnis erst dadurch unrichtig, dass rechtliche Parameter auf das Beweisthema angewendet werden, also die technischen und die rechtlichen Parameter zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, fehlt es an der Ursächlichkeit, wenn die Fehlerhaftigkeit des Urteils auf die unterlassene Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen ist.

**Beispiel:** In der sog. Mannlochentscheidung des BGH<sup>33</sup> verneinte der Sachverständige die Man- 59  
gelhaftigkeit der Werkleistung – Öffnung in einer Wandscheibe nicht wie geplant 120 cm, son-

26 OLG Schleswig 12.8.2004 – 7 U 23/99, BauR 2004, 1946 = IBR 2004, 683; vgl auch OLG Brandenburg 30.11.1999 – 11 U 197/98, BauR 2001, 283, 284 = IBR 2001, 214.

27 OLG Brandenburg 30.11.1999 – 11 U 197/98, BauR 2001, 283, 284 = IBR 2001, 214.

28 BGH 9.2.1995 – VII ZR 143/93, BauR 1995, 538 = NJW-RR 1995, 914 = IBR 1995, 325.

29 BGH 7.3.2001 – X ZR 176/99, BauR 2001, 1632.

30 MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 22.

31 MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 22.

32 MünchKommBGB/Wagner, 4.Aufl., § 839 a Rn 22.

33 BGH 21.9.2004 – X ZR 244/01, BauR 2004, 1241 = IBR 2004, 611.

dem 115 cm – mit der Begründung, dass die Gebrauchstauglichkeit gesichert sei. Das haben zwei Instanzen so übernommen; der BGH hat die rechtlichen Grundlagen klar gestellt. Wäre das OLG – Urteil rechtskräftig geworden, wäre es ausgeschlossen, gegen den Gutachter nach § 839 a BGB zu regressieren: Das Gutachten wird falsch erst aus rechtlichen und nicht aus technischen Erwägungen. Dann fehlt es jedenfalls an der Kausalität, wenn man nicht schon die Unrichtigkeit des Gutachtens infrage stellt. Hätte die im Vorprozess zu treffende Entscheidung von Rechts wegen unabhängig vom Ergebnis des Gutachtens anders ausfallen müssen, als sie ergangen ist, beruht das Urteil nicht auf dem Gutachten, sondern auf einem Rechtsfehler.

- 60 Die diesbezügliche Entscheidungskompetenz kommt dem Gericht im Prozess über den nach § 839 a BGB geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu. Das Regressgericht hat darüber zu entscheiden, welches Urteil seiner Meinung nach richtigerweise hätte ergehen müssen. Analog den für die Regressansprüche gegen Rechtsanwälte wegen Anwaltsfehlern geltenden Grundsätzen kann nur eine infolge des unrichtigen Sachverständigengutachtens ergangene rechtmäßige, also mit Gesetz und Recht konforme Entscheidung, Grundlage für einen ersatzfähigen Schaden sein. Ist die Entscheidung unabhängig vom Fehler des Gutachtens falsch, und wäre richtig im Vorprozess zugunsten des Verfahrensbeteiligten zu entscheiden gewesen, der nunmehr Klage aus § 839 a BGB erhebt, fehlt die Kausalität. Darüber hat der Regressrichter zu befinden.<sup>34</sup> Der Sachverständige darf über § 839 a BGB nicht zum „Prügelknaben“ für Justizfehler gemacht werden, die darin liegen, dass das Gericht bei technisch und rechtlich besetzten Sachverhalten bei der zu treffenden Entscheidung ausschließlich am technisch geprägten Gutachten anbindet und seine eigenständige rechtliche Prüfungsaufgabe verkennt.

- 61 **Hinweis:** Insbesondere bei **Komplexfragen**<sup>35</sup> stellt sich das dargestellte Kausalitätsproblem.

#### c) Verschulden

- 62 Eine auf § 839 a BGB gestützte Schadensersatzklage ist nur dann begründet, wenn der beklagte Sachverständige vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet hat. Der Sachverständige haftet demnach nicht im Fall leichter Fahrlässigkeit. Vorsatz setzt Wissen und Wollen voraus. Dies scheidet regelmäßig aus; der Sachverständige müsste wissentlich und willentlich ein unrichtiges Gutachten erstatten, was vom Kläger auch bewiesen werden müsste. Fahrlässigkeit verwirklicht nach § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, wobei konkretisierend auf die Kriterien der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des pflichtwidrigen Erfolges abgestellt wird.<sup>36</sup> Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wer die sich im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders gravierender Weise verletzt. Für den Gerichtssachverständigen bedeutet dies, dass das, was in der gegebenen Situation jedem Fachkollegen als selbstverständlich eingeleuchtet hätte, nicht beachtet worden ist. Der Sachverständige muss objektiv und auch subjektiv schwer versagt haben.
- 63 **Beispiele:** Einfache Fahrlässigkeit liegt vor, wenn ein Sachverständiger in einem Streit über im Jahre 2003 ausgeführte Arbeiten und Gutachtensauftrag im Jahre 2006 unbesehen die technische Normenlage mit Ausgabe 2006 anwendet, ohne zu prüfen, ob dies der Normenlage im Jahre 2003 bzw der Abnahme im Jahre 2004 entspricht, und tatsächlich ein Unterschied besteht. Grobe Fahrlässigkeit liegt in allen den Fällen vor, in denen der BGH bei Wertermittlungsgutachtern die Voraussetzungen des § 826 BGB bejaht. Diese Fallgestaltungen zeichnen bei Missachtung der Fachregeln für den Wertermittler Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit aus, weil die Grundlage des Auftrags nachlässig ermittelt oder Angaben ins Blaue hinein gemacht werden, so dass die

34 Vgl. *Henssler/Graf von Westphalen/Kilian*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 839 a Rn 18; *Rinsche/Fahrendorf/Terbille*, Die Haftung des Rechtsanwalts, 7. Aufl., Rn 848, 849.

35 Vgl. dazu § 4 Rn ■■■■.

36 *Palandt/Heinrichs*, 67. Aufl., § 276 Rn 12, 20, 21.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

Erledigung der Gutachtensaufgabe leichtfertig erfolgt.<sup>37</sup> So hat ein Wertermittlungsgutachter nach den Regeln seines Faches das Objekt zu besichtigen und wenn dies nicht möglich ist, im Gutachten zu vermerken.<sup>38</sup> Wer das versäumt, handelt grob fahrlässig. Gleiches gilt, wenn ein Sachverständiger von Tatsachen ausgeht, wo lediglich Unterstellungen gerechtfertigt sind. Sind dem Sachverständigen die für die Beurteilung maßgeblichen Umstände nicht bekannt und bleiben seine Bemühungen zur Absicherung der Anknüpfungstatsachen erfolglos, darf er das Gutachten auf Unterstellungen aufbauen, muss dies aber im Gutachten deutlich machen.<sup>39</sup> Missachtung dieser Grundsätze ist als grobe Fahrlässigkeit zu bewerten.

#### d) Verursachung eines Schadens

Die gerichtliche Entscheidung muss bei einem Verfahrensbeteiligten einen Schaden verursacht haben. Dazu gehört jeder durch das unrichtige Gutachten und die darauf beruhende gerichtliche Entscheidung adäquat verursachte und in den Schutzbereich der verletzten Sachverständigenpflicht fallende Vermögensschaden.<sup>40</sup> Der Schadensersatzanspruch soll die Vermögenslage herstellen, die bei pflichtgemäßem Verhalten des Sachverständigen eingetreten wäre. Abweichend von § 823 Abs. 1 BGB wird nicht die Verletzung eines der dort genannten absoluten und ihnen gleichgestellten Rechtsgüter vorausgesetzt.

#### 3. Aktivlegitimation – befugter Kläger

Aktivlegitimiert ist nach der Formulierung in § 839 a BGB der Verfahrensbeteiligte. Das sind im Zivilprozess Kläger, Beklagter, Nebenintervenienten und Streithelfer. Auch der dem Rechtsstreit nicht beigetretene Streitverkündete, dem im Verfahren nach § 74 ZPO keinerlei Mitwirkungsrechte zustehen, ist wegen der Wirkung der Streitverkündung nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO – Bindungswirkung – Verfahrensbeteiligter. Verfahrensbeteiligter im Zwangsversteigerungsverfahren ist auch der **Meistbietende**, dem der Zuschlag auf sein Angebot erteilt wird.<sup>41</sup> Wird das Gutachten des Sachverständigen nach § 411 a ZPO in einem anderen Verfahren verwertet, gehören auch die Verfahrensbeteiligten dieses anderen Verfahrens zu dem durch § 839 a BGB geschützten Personenkreis.<sup>42</sup>

#### 4. Ausschluss der Haftung

Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Geschädigte und nunmehrige Kläger mit Aussicht auf Erfolg in der Lage gewesen wäre, den Nachteil durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§§ 839 a Abs. 2, 839 Abs. 3 BGB). In erster Linie sind das die sich aus § 411 Abs. 3, 4 ZPO ergebende Möglichkeiten (Antrag auf Erläuterung, Antrag auf Ergänzungsgutachten);<sup>43</sup> im Übrigen kommen die zulässigen Rechtsmittel gegen das benachteiligende Urteil oder die sonstige gerichtliche Entscheidung in Betracht.<sup>44</sup> Die Einlegung dieser Rechtsmittel muss der Betroffene jedoch gem. § 839 Abs. 3 BGB vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen haben. Das trifft nur dann zu, wenn er um die Unrichtigkeit des Gutachtens und des Urteils positiv wusste oder hätte wissen müssen. Hierfür muss der Benachteiligte nicht einen Sachverständigen zuziehen, um sich zu vergewissern.<sup>45</sup>

37 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, BauR 2003, 1599, 1601 = IBR 2003, 489.

38 BGH 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 = IBR 1995, 116.

39 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, BauR 2003, 1599, 1601 = IBR 2003, 489.

40 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

41 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

42 Vgl. MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl., § 839 a Rn 29.

43 BGH 5.7.2007 – III ZR 240/06, BauR 2007, 1774 = IBR 2007, 528.

44 BGH 28.7.2006 – III ZB 14/06, BauR 2007, 82 = NJW-RR 2006, 1454 = IBR 2006, 654.

45 MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl., § 839 a Rn 32.

## 5. Darlegungs- und Beweislast

- 67 Entsprechend den allgemeinen zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln hat der Kläger die Anspruchsvoraussetzungen darzutun und notfalls auch zu beweisen. Den beklagten Sachverständigen treffen diese Lasten hinsichtlich des Ausschusstatbestandes. Allerdings gilt zugunsten des Klägers eine **Beweiserleichterung** nach den Regeln der die beklagte Partei ausnahmsweise treffenden **sekundären Darlegungspflicht**. Denn wenn eine Partei Umstände darlegen und beweisen muss, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören, ist zu prüfen, ob es dem Prozessgegner im Rahmen seiner Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO zuzumuten ist, dieser Partei eine prozessordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen.<sup>46</sup>
- 68 **Hinweis:** Der Kläger hat situationsbezogen zu erwägen, ob und unter welchen Voraussetzungen er eine derartige Beweiserleichterung beanspruchen kann. Das wird im Einzelfall davon abhängen, wie detailliert das Gutachten ist und auf welche Weise es dem Kläger möglich ist, zur Unrichtigkeit des Gutachtens vorzutragen. Ohne einen Privatgutachter, der sich mit den Richtigkeitskriterien des Gutachtensthemas befasst, wird eine Prozessführung jedoch nicht möglich sein.
- 69 Denn wer einen Gutachter mit einer Klage nach § 839 a BGB überzieht und damit die Behauptung aufstellt, das Gutachten sei unrichtig, muss grundsätzlich hierfür die entsprechenden Behauptungen aufstellen und diese notfalls auch beweisen.
- 70 **Beispiel:** Vom Sachverständigen könnte als Teil seiner sekundären Darlegungslast verstanden werden, wenn er die von ihm verwendeten Messgeräte und sein Vorgehen, woran es im Gutachten fehlt, näher darstellt. Dasselbe wird gelten, wenn er im Gutachten die Messstellen näher nicht bezeichnet, diese Stellen jedoch für die Beurteilung nach Maßgabe der einschlägigen Parameter bedeutsam sind.
- 71 Kommt eine Partei ihrer sekundären Darlegungspflicht nicht nach, gilt der sonst als nicht hinreichend substantiiert anzusehende Vortrag des Klägers als zugestanden.<sup>47</sup> Im Übrigen kann vom Ausmaß der objektiven Pflichtverletzung auf innere Vorgänge und gesteigerte Vorwerfbarkeit geschlossen werden.<sup>48</sup>

## II. Ansprüche aus § 839 BGB

- 72 Vom Gericht zugezogene Sachverständige werden auch dann, wenn sie öffentlich bestellt oder Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind, durch ihre Aufgabe im Rahmen des Gerichtsverfahrens, durch die sie zu Gehilfen des Richters bei der Urteilsfindung werden, nicht Beamte im haftungsrechtlichen Sinne.<sup>49</sup>

### 1. Anwendungsbereich

- 73 Die vom Gericht bestellten Sachverständigen bleiben gleichgültig ob sie öffentlich bestellt und vereidigt sind oder nicht Privatpersonen. Sie werden dadurch nicht zu Beamten und erstatten das Gutachten zwar auf Grund einer gerichtlichen Anforderung, jedoch nicht als eine Amtsaufgabe und in der Folge auf Grund von Amtspflichten. Als Haftungsgrundlage ihnen gegenüber scheidet bei behaupteter vorwerfbarer objektiver Unrichtigkeit des Gutachtens sowohl § 839 Abs. 2 BGB als auch § 839 Abs. 1 BGB aus.<sup>50</sup>

46 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3039 = BauR 2005, 122, 127.

47 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3039 = BauR 2005, 122, 127.

48 BGH 8.7.1992 – IV ZR 223/91, BGHZ 119, 147, 151 = NJW 1992, 2418.

49 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860 = IBR 2003, 208.

50 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860 = IBR 2003, 208.

## § 8

### C. Ansprüche und Klage gegen den Gerichtssachverständigen

#### 2. Der Gutachterausschuss nach BauGB

Das ist anders dann, wenn es sich – wie bei dem Gutachterausschuss nach § 192 BauGB – bei dem Sachverständigen um einen Amtsträger handelt, zu dessen gesetzlichen Pflichtenkreis (§ 193 BauGB) die Erstattung von gerichtlichen Sachverständigengutachten gehört (§ 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB). Ist diese Aufgabe im Rahmen der normalen Amtstätigkeit und damit unabhängig von der gerichtlichen Beauftragung als Amtspflicht iSd § 839 BGB wahrzunehmen, gilt nichts anderes bei einer gerichtlichen Beauftragung.<sup>51</sup> 74

#### 3. Klage wegen unrichtiger Wertermittlung durch Gutachterausschuss

Will der Kläger wegen behaupteter unrichtiger Wertermittlung durch den Gutachterausschuss nach BauGB (§§ 192, 193) vorgehen, ist folgendes zu beachten, dass dem Kläger alternativ auch § 839 a BGB zur Verfügung steht, wenn der Geltungszeitraum passt (in Kraft getreten am 1.8.2002). § 839 BGB ist jedoch günstiger, weil die Haftung bereits bei einfacher Fahrlässigkeit greift.<sup>52</sup> Die Klage ist gegen das Land als Träger des Gutachterausschusses zu richten (Art. 34 GG). Das Problem ist jedoch, ob bei einem gerichtlichen Gutachten durch einen Gutachterausschuss überhaupt auf § 839 BGB zurückgegriffen werden kann oder § 839 a BGB eine abschließende Sonderregelung enthält. 75

Das Verhältnis zu § 839 a BGB ist höchstrichterlich nicht geklärt. Der BGH<sup>53</sup> hat in seiner Entscheidung vom 9.3.2006 dazu nicht Stellung genommen, wozu deshalb keine Veranlassung bestand, weil als gerichtlich bestellter Sachverständiger für Wertermittlung kein Gutachterausschuss nach dem BauGB tätig wurde. Vieles spricht dafür, dass auf § 839 BGB bei Erstattung eines Wertermittlungsgutachtens durch einen Gutachterausschuss nicht zurückgegriffen werden darf.<sup>54</sup> Denn der Gesetzgeber hat bei Bejahung einer Haftung des Gerichtsgutachters schon bei leicht fahrlässiger Falschbegutachtung die Gefahr gesehen, dass dann dem Gutachter die innere Entscheidungsfreiheit genommen werde; außerdem müsse berücksichtigt werden, dass bei Ernennung des Sachverständigen durch das Gericht eine rechtliche Verpflichtung zur Gutachtenserstattung bestehe.<sup>55</sup> Für die Einordnung des § 839 a BGB als eine andere Anspruchsgrundlagen verdrängende Sonderregelung spricht die Darstellung des BGH der vor dem Inkrafttreten des § 839 a BGB maßgeblichen Rechtslage.<sup>56</sup> 76

### III. Ansprüche aus §§ 823, 826 BGB

#### 1. Konkurrenz zu § 839 a BGB

Der Rückgriff auf Ansprüche aus §§ 823, 826 BGB ist im Anwendungsbereich des § 839 a BGB ausgeschlossen. § 839 a BGB stellt seit 1.8.2002 eine eigenständige, systematisch im Umfeld der Amtshaftung angesiedelte Anspruchsgrundlage für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen dar. Damit ist die unterschiedliche Haftungslage des Gerichtssachverständigen beseitigt worden. Während der beeidigte Sachverständige nach § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 154, 163 StGB für jeden Vermögensschaden bereits bei fahrlässiger Falschbegutachtung haftete, traf den unbeeidigten Sachverständigen die Haftung deshalb, weil § 410 ZPO kein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB darstellt, bei Vermögensschäden erst bei vorsätzlicher Falschbegutachtung gemäß § 826 BGB. Im Übrigen traf den Gerichtssachverständigen bei Verletzung absoluter Rechtsgüter nach § 823 Abs. 1 BGB eine Haftung nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.<sup>57</sup> 77

51 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860 = IBR 2003, 208.

52 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860, 862 = IBR 2003, 208.

53 BGH 9.3.2006 – III ZR 143/05, NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285.

54 Hensler/Graf von Westfalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., § 839 a Rn 28.

55 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Dr. 14/7752, S. 28; Wagner, NJW 2002, 2049, 2062.

56 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860, 862 = IBR 2003, 208.

57 BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860, 862 = IBR 2003, 208.

## 2. Eröffneter Anwendungsbereich – Schadensverursachung bei Augenscheinnahme

- 78 Der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 wie auch des § 826 BGB ist eröffnet, wenn der Sachverständige im Rahmen der Vorbereitung des Gutachtens absolute Rechtsgüter von Verfahrensbeteiligten oder Dritten schuldhaft und rechtswidrig verletzt. Handelt er vorsätzlich und sittenwidrig gemäß den Anspruchsvoraussetzungen des § 826 BGB steht der Sachverständige auch für unmittelbar durch sein Fehlverhalten entstandene Vermögensschäden ein.
- 79 **Beispiele:** Bei einer zerstörenden Prüfung, die der Sachverständige selbst vornimmt, beschädigt er eine warmwassergeführte Fußbodenheizung. Er zieht Bohrkerne und beschädigt damit das Mauerwerk, das Gemeinschaftseigentum der WEG ist, die dem Vorgehen nicht zugestimmt hat.
- 80 Insoweit haftet der Sachverständige bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB auch für leichte Fahrlässigkeit und genießt nicht das Privileg des § 839 a BGB, bei einem unrichtigen Gutachten nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu haften. Der Gerichtsgutachter steht für derartige unerlaubte Handlungen auch bei Schäden ein, die Dritten entstehen.
- 81 Macht ein Kläger Schadensersatzansprüche gegen einen Sachverständigen deshalb geltend, weil im Rahmen einer zerstörenden Prüfung das Eigentum rechtswidrig und fahrlässig verletzt worden ist, sind angesichts der juristisch „verfahrens Situation“ hinsichtlich der Weisungsbefugnis des Gerichts gem. § 404 a ZPO<sup>58</sup> folgende Prüfungen durch den Rechtsanwalt veranlasst:
- 82 **Hinweise:**
- Hat das Gericht den Sachverständigen zur Durchführung der zerstörenden Prüfung in eigener Person oder durch einen von dem Sachverständigen zuzuziehenden Dritten veranlasst?
  - Hat der Sachverständige gegen die Anordnung Bedenken angemeldet und eventuell dagegen sogar erfolglos Beschwerde eingelegt?
  - Hat der Sachverständige dem Gericht gegenüber auf Bedenken wegen eventuell irreparabler Schäden hingewiesen?
  - Hat der Sachverständige bei der Vornahme der zerstörenden Prüfungen die einschlägigen Sorgfaltsregeln beachtet?
- 83 Dageförde/Fastabend/Kindereit<sup>59</sup> schlagen in einem Fall, in dem der Sachverständige angewiesen worden ist und auf Bedenken hingewiesen hat, vor, dass dann das Land nach den Grundsätzen der Staatshaftung (§§ 839 BGB iVm Art. 34 GG) für die entstehenden Schäden an der Substanz einzustehen hat, ohne sich auf das Spruchrichterprivileg berufen zu können. Diese Auffassung kann jedoch allenfalls dann in Betracht kommen, wenn den Sachverständigen kein Verschulden trifft. Hat der Sachverständige die sachlich gebotenen Sorgfaltsregeln missachtet, besteht kein Grund, auch im Anweisungsfall eine Haftung des Sachverständigen nach § 823 Abs. 1 BGB zu verneinen.
- 84 **Beispiel:** Der Sachverständige veranlasst auf Weisung des Gerichts die Ziehung von Bohrkernen in einem Estrich, wodurch eine wasserführende Leitung der Fußbodenheizung beschädigt wird. Der Sachverständige haftet, denn er hätte sich hinsichtlich der Estrichart versichern müssen. Der Sachverständige zieht auf Weisung des Gerichts Bohrkerne im Putz; er hat gegen die Weisung fruchtlos protestiert und das Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass auch bei sorgfältiger Wiederherstellung optische Mängel bleiben. Das tritt so ein. Eine auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Schadensersatzklage ist aussichtslos. Denn hinsichtlich des Eingriffs hat sich der Sachverständige des Einverständnisses des Eigentümers versichert, so dass es an der Rechtswidrigkeit fehlt. Hin-

58 Vgl zusammenfassend *Dageförde/Fastabend/Kindereit*, BauR 2006, 1202 ff; für die Anweisungsbefugnis: zB OLG Celle 8.2.2005 – 7 W 147/04, BauR 2005, 1358 = IBR 2005, 272; OLG Jena ■■■■, BauR 2007, 441; gegen die Zulässigkeit einer Anweisungsbefugnis: zB OLG Brandenburg 9.6.1995 – 8 W 129/01, BauR 1996, 432; OLG Bamberg 9.1.2002 – 4 W 129/01, BauR 2002, 829.

59 BauR 2006, 1202, 1207.

## § 8

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

sichtlich der Wiederherstellung des Zustands fehlt die Fahrlässigkeit. Aus welchen Gründen dann – wie von Dageförde/Fastabend/Kindereit befürwortet – die Staatshaftung greifen soll, ist nicht erkennbar.

#### IV. Verjährungsregeln

Was die Verjährung der Ansprüche gegen einen Gerichtsgutachter aus § 839 a BGB anlangt, gelten die allgemeinen, sich aus §§ 195, 199 BGB ergebenden Grundsätze. Das ist bei Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB in den unter Rn ■■■78 ff genannten Fallgruppen nicht anders. 85

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

#### Prüfungsgesichtspunkte:

- Welche Aufgabe wurde dem Sachverständigen übertragen? (Rn ■■■88 ff) 86
- In welcher Rolle wurde der Sachverständige damit tätig – als Berater, Planer, Qualitätsüberwacher, Gutachter? (Rn ■■■88 ff)
- War Auftrag ein Gutachten, welche Art von Gutachten war Gegenstand, ein Orientierungsgutachten, Kurzgutachten, ein individuelles Gutachten? Das bestimmt die berechtigten Qualitätsanforderungen an das Gutachten (Rn ■■■99 ff).
- Geht es um formale oder inhaltliche Mängel des Gutachtens und deren Beseitigung? (Rn ■■■120)
- Geht es um nachteilige Folgen aus einem mangelhaften Gutachten (Vermögensschäden)? (Rn ■■■124, 125)
- Bei der Prüfung der Unrichtigkeit des Gutachtens ist zu berücksichtigen, dass der Gutachter das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten hat? Rein objektive Richtigkeitskriterien sind deshalb nicht zielführend (Rn ■■■110).
- Macht das Gutachten auf Beurteilungsalternativen und -möglichkeiten aufmerksam? (Rn ■■■110)

#### I. Die Rolle des privat beauftragten Sachverständigen

Sollen Ansprüche gegen einen privat beauftragten Sachverständigen geltend gemacht werden, ist primär dessen Rolle zu bestimmen, die sich aus der beauftragten Aufgabenstellung ergibt. Gleichgültig ob es sich um einen öffentlich bestellten und vereidigten oder um freie Sachverständige handelt, die kennzeichnet, dass sie nicht öffentlich bestellt und vereidigt sind oder anerkanntes Mitglied einer privaten Sachverständigenorganisation sind,<sup>60</sup> ist anerkannt, dass die Sachverständigentätigkeit nicht nur die Erstattung von Gutachten, sondern auch andere Sachverständigenleistungen wie Beratungen, Überwachungen, Prüfungen, Erteilung von Bescheinigungen sowie schiedsgutachterliche und schiedsrichterliche Leistungen umfasst.<sup>61</sup> 87

##### 1. Übertragene Planungsaufgaben – die Rolle als Planer

Ist ein Sachverständiger zugleich Architekt oder Ingenieur, was im Baubereich nahezu die Regel ist, kann der Sachverständige auch **Planungsleistungen** erbringen, wenn er auch dabei aus Gründen des fairen **Wettbewerbs** in gewissem Umfang dem Trennungsgebot und dem Verbot der Vorspannungswerbung unterworfen ist.<sup>62</sup> Gerade wenn der Sachverständige auch freier Architekt ist und deshalb in Grenzen seine gesamte berufliche Tätigkeit angemessen der Öffentlichkeit darstellen 88

60 Vgl BGH 23.5.1984 – I ZR 140/82, NJW 1984, 2365.

61 Vgl Mustersachverständigenordnung des DIHK vom 21.6.2001, abgedruckt bei *Bleutge*, Sachverständige, Inhalt und Pflichten ihrer öffentlichen Bestellung, 6.Aufl., § 2 Abs. 2.

62 Richtlinien zur Mustersachverständigenordnung des DIHK § 18 Ziff. 18.4 letzter Satz; *Bock*, in: *PraxisHdbSachverständigenR*, 3.Aufl., § 7 Rn 40–43.

können muss, liegt es nahe, dass Sachverständige auch mit Planungsleistungen beauftragt sein können. Wurde der Sachverständige mit Planungsleistungen beauftragt, gelten für Ansprüche gegen ihn die im § 5 unter B dargestellten Regeln.

## 2. Beauftragte Gutachter- und Beratungsleistungen

- 89 Gutachterleistungen und Beratungsleistungen sind von klassischen Planungsleistungen – wie sie in § 5 unter B beschrieben werden zu unterscheiden. Die Praxis kennt freilich Fälle, in denen sich an eine Gutachter- oder Beratungsleistung Planungsleistungen anschließen können. Dann stellt sich die Frage nach einer einheitlichen oder getrennten Beurteilung.
- 90 **Beispiel:** Der Sachverständige wird mit der Feststellung des Istzustandes beauftragt; darauf aufbauend soll er in einem zweiten Schritt die Möglichkeiten der Sanierung begutachten (Sanierungsgutachten) und schließlich eine Sanierungsmaßnahme planen. Hier erscheinen die gutachterlichen Leistungen lediglich als eine Vorstufe des Planungsauftrags. Mängel des Gutachtens spiegeln sich im Planerwerk, weswegen dessen Erfolg deutlich im Vordergrund steht. Die Ansprüche gegen den Sachverständigen werden bei Mängeln am Bauwerk aus dem Planerauftrag abgeleitet, weil darin der Schwerpunkt liegt. Die vorhergehenden Arbeitsschritte sind unselbständiger Art.

## II. Werkvertragliche Ansprüche aus mangelhafter Begutachtung

- 91 Ausgangspunkt ist ein unrichtiges Gutachten. Die Haftungslage wird jedoch davon beeinflusst welcher Gutachtenstyp beauftragt war (vgl Rn ■■■99 ff) und welche Umstände die Anforderungen an das Gutachten beeinflussen konnten. Ein Gutachtensergebnis hängt nämlich maßgeblich davon ab, welche Unterlagen dem Gutachter vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden und welchen Untersuchungs- und Prüfungsaufwand dem Gutachter seitens des Auftraggebers zugestanden wurde (vgl Rn ■■■104 ff). Denn solche Umstände zählen zum Verantwortungsbereich des Auftraggebers und beeinflussen deshalb jedenfalls die Zurechenbarkeit von Mängeln (vgl Rn ■■■112, 118).
- 92 Der Rechtsanwalt muss von seinem Mandanten folgende Unterlagen anfordern: Schriftlicher Auftrag/Vertrag, Liste der Unterlagen, die der Sachverständige erhalten hat, Schriftverkehr, Protokolle des Sachverständigen zB über Ortsbesichtigungen, Gutachten.

### 1. Das mangelhafte Gutachten

- 93 Die Mangelhaftigkeit eines Gutachtens beurteilt sich nach Werkvertragsregeln. Dem Auftrag, ein Gutachten zu erstellen, liegt ein Werkvertrag zugrunde.<sup>63</sup> Damit bestimmen die in § 633 Abs. 2 BGB angeführten Sachmangelfreiheitskriterien über die Mangelhaftigkeit eines Gutachtens. Die Klage gegen den Sachverständigen wegen behaupteter Unrichtigkeit des Gutachtens muss an den Sachmangelfreiheitskriterien des § 633 Abs. 2 BGB ansetzen. Weiter muss dargelegt werden können, dass die Unrichtigkeit dem Sachverständigen zugerechnet werden kann; die Unrichtigkeit muss auf der Fehlerhaftigkeit der Leistungen des Sachverständigen zurückgehen. Dabei geht es nicht nur um die Verursachung im technischen Sinne, sondern darum, dass der Sachverständige bei Vorbereitung und Erarbeitung des Gutachtens die im Verkehr erforderlichen Sorgfaltsgebote nicht beachtet hat.<sup>64</sup> Die **Zurechenbarkeit** zu Lasten des Sachverständigen muss dargelegt werden können.
- 94 Den Ausgangspunkt bilden die in § 633 Abs. 2 BGB angeführten Sachmangelfreiheitskriterien. Die Parteien können eine bestimmte Beschaffenheit des Gutachtens oder die Art und Weise seiner

63 BGH 16.10.1978 – VII ZR 249/77, BGHZ 72, 257 = NJW 1979, 214; BGH 4.4.2006 – X ZR 122/05, NJW 2006, 2472 = BauR 2006, 1341 = IBR 2006, 1398.

64 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059, 1060 = IBR 1998, 114.

## § 8

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

Vorbereitung vereinbart haben. Sie können insbesondere durch die Benennung des Gutachtenszwecks die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung festgelegt haben. Als letztes Merkmal kommen die gewöhnlichen Verwendungseignungskriterien nach § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB in Betracht.

Fehlt eine **Beschaffensvereinbarung** und lassen sich aus dem Vertrag auch keine Anforderungen an die vertraglich vorausgesetzte **Verwendungseignung** im Wege der Auslegung ermitteln, ist Mangelfreiheitskriterium, dass sich das Gutachten für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes auch erwarten kann (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB). 95

#### a) Vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB)

Die Parteien können im Vertrag bestimmte Merkmale, an denen sich die Gutachtenserstellung auszurichten hat, vereinbaren. 96

**Beispiele:** Die Parteien sehen für die Wertermittlung vor, dass der Verkehrswert nach dem Sachwertverfahren gem. §§ 21 We ff. rtV zu ermitteln ist. Sie legen einvernehmlich fest, dass die Begutachtung von behaupteten Schallschutzmängeln nach der Schallschutznorm des VDI 4100 und nicht nach der DIN 4109 erfolgt. Die Parteien können auch vorsehen, dass der Sachverständige seine vorbereitenden Untersuchungen auf bestimmte Maßnahmen beschränkt, zB keine zerstörenden Prüfungen vornimmt. 97

Hält der Sachverständige die Vereinbarung nicht ein, ist das Gutachten mangelhaft. Die Vereinbarung von Beschaffenheiten hat mit dem **subjektiven Mangelbegriff** zu tun,<sup>65</sup> wonach es nicht auf die allgemeine Gebrauchstauglichkeit oder Verwendungseignung ankommt, sondern auf die zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch. Andererseits läuft der Sachverständige bei Vereinbarung von bestimmten Vorbereitungsmaßnahmen und Methoden Gefahr, dass hierdurch das Ergebnis seiner Begutachtung und letztlich die Richtigkeit seiner Feststellungen beeinflusst werden kann. Auf diese Gefahren weist Ziff. 8.2.1 der Richtlinie zur Mustersachverständigenordnung hin. Danach darf der Sachverständige bei der Erbringung seiner Leistungen nicht vertraglich verpflichtet werden, Vorgaben einzuhalten, die die tatsächlichen Ermittlungen, die Bewertungen und die Schlussfolgerungen derart beeinflussen, dass unvollständige oder fehlerhafte Gutachtensergebnisse verursacht werden. Andererseits ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit zu beachten, der es zulässt, dass der Auftraggeber durch bestimmte Vorgaben Einfluss auf das Gutachtensergebnis nimmt, was insbesondere dann gelten muss, wenn sich hieraus Kostenfolgen ergeben. Der Sachverständige hat dann durch Bekanntgabe der sich hieraus ergebenden Konsequenzen und Bedenkenanmeldung darauf hinzuweisen, dass damit die Aussagesicherheit beeinflusst wird. Der Sachverständige ist auf diese Weise in der Lage, sich vor dem Vorwurf zu schützen, dem erstatteten Gutachten fehle die allgemeine Verwendungseignung.<sup>66</sup> 98

Durch **Beschaffensvereinbarungen** können die Parteien **Qualitätsstufen** für die gutachterliche Ausarbeitung begründen. Der Vorwurf, die allgemein geschuldete Qualitätsstufe werde nicht erreicht, kann dann keinen Sachmangel des Gutachtens begründen. Sehen die Parteien einen bestimmten **Gutachtenstyp** vor, wird hierdurch entweder eine Beschaffenheit oder eine vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung vereinbart. 99

#### b) Vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB)

Vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignungskriterien können sich aus dem beauftragten **Gutachtenstyp** ableiten. Der Gutachtenstyp ist geeignet, die Qualitätsanforderungen zu prägen, wenn die Parteien zusätzliche Besonderheiten nicht vereinbart haben. 100

65 BGH 21.9.2004 – X ZR 244/01, BauR 2004, 1941 = NZBau 2004, 872 = IBR 2004, 611.

66 Vgl nachfolgend Rn ■■■■.

- 101 Beispiel:** Der Auftraggeber will in drei Tagen zu einem bestimmten Problem ein **Orientierungsgutachten** haben. Ein Orientierungsgutachten oder **Kurzgutachten** kann schon nach den vereinbarten Bedingungen nicht den Sorgfaltskriterien entsprechen, die an ein Individualgutachten gestellt werden, für welches der Sachverständige zeitlich in keiner Weise unter Druck gesetzt wird.
- 102 Hinweis:** Soll eine Klage gegen den Privatgutachter wegen behaupteter Mangelhaftigkeit des Gutachtens erhoben werden, muss deshalb geprüft werden, welche vertraglichen Anforderungen an das Gutachten gestellt worden sind.

**aa) Gutachtenstypen als Beschaffenheiten oder vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung**

- 103** Das Prinzip der Vertragsfreiheit und die differenzierten Sachmängelfreiheitsanforderungen in § 633 Abs. 2 BGB ermöglichen den Parteien, den Umfang und die Art und Weise der Sachverständigentätigkeit näher zu bestimmen. Durch eine existente **Gutachtenstypologie** kann die vom Sachverständigen verlangte fachliche Leistung inhaltlich näher bestimmt werden. Typen wie Kurzgutachten, Orientierungsgutachten, Pauschalgutachten, Formulargutachten, Standardgutachten und Individualgutachten<sup>67</sup> beinhalten einen Anforderungskodex, auf den sich Auftraggeber und der Sachverständige eingelassen haben, was nicht ohne Einfluss auf die **Richtigkeitsanforderungen** des Gutachtens und die Art und Weise seiner Darstellung ist. Ein Kurz- oder Orientierungsgutachten reduziert die Richtigkeitsanforderungen im Vergleich zu einem Individualgutachten. Die Typenbildung führt zu unterschiedlichen **Qualitätsstufen**, was bei der Mangelfrage zu beachten ist. Ist aus dem Vertrag Besonderes nicht abzuleiten, gilt der Qualitätsmaßstab gemäß § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB. Dieser Maßstab ist der, der für ein Individualgutachten maßgeblich ist.<sup>68</sup>

**bb) Die Auftragsbedingungen**

- 104** Neben dem beauftragten Gutachtenstyp beeinflusst die Haftungsfrage maßgeblich, ob und in welcher Weise der Auftraggeber dem Privatgutachter verbindlich Vorgaben für die Art und Weise seines Vorgehens zur Schaffung der Grundlage für die Begutachtung gemacht hat und dies im Vertrag seinen Ausdruck findet. Der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige darf nach § 8 Abs. 2 der Mustersachverständigenordnung keine Verpflichtungen eingehen, die geeignet sind, seine tatsächlichen Feststellungen und Beurteilungen zu verfälschen (Weisungsfreiheit). Nach den dazu geltenden Richtlinien (Ziff. 8.2.2) ist jedoch zwischen Anweisungen zum Begutachtungsgegenstand, Beweisthema und Umfang des Gutachtens auf der einen und den sach- und ergebnisbezogenen **Weisungen** auf der anderen Seite zu unterscheiden. Nach Ziff. 8.2.1 der Richtlinien zur Mustersachverständigenordnung darf der Sachverständige bei der Erbringung seiner Leistungen nicht vertraglich verpflichtet werden, Vorgaben einzuhalten, die die tatsächlichen Ermittlungen, die Bewertungen und die Schlussfolgerungen derart beeinflussen, dass unvollständige oder fehlerhafte Gutachtensergebnisse verursacht werden.<sup>69</sup>
- 105 Beispiel:** Der Sachverständige wird vom Unternehmer beauftragt die Dicke des Putzes auf der Nordseite an ganz genau bestimmten Stellen zu messen. Wenn das Gutachten dann nur dazu – richtige – Feststellungen enthält, ist das Gutachten zutreffend, wenn ein Gerichtsgutachter den Putz auf der Nordseite insgesamt nach Maßgabe der sich aus der DIN 18550 ergebenden Regeln als unterdimensioniert feststellt. Der Gutachtensauftrag beschränkte sich auf die genannten Stellen. Schlussfolgerungen für die Tauglichkeit des Putzes insgesamt wurden nicht verlangt.

<sup>67</sup> Zu dieser Typologie vgl. *Roeßner*, in: *PraxisHdbSachverständigenR*, 3. Aufl., § 10 Rn 16.

<sup>68</sup> Vgl. nachfolgend Rn ■■■■.

<sup>69</sup> Abgedruckt bei *Bleutge*, *Sachverständige, Inhalt und Pflichten ihrer öffentlichen Bestellung*, 6. Aufl., S. 88.

## § 8

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

Richtigkeitsparameter können sich auch daraus ergeben, dass dem Sachverständigen für seine das Gutachten vorbereitenden Untersuchungs- und Prüfungsmaßnahmen lediglich ein bestimmtes **Kostenbudget** zur Verfügung gestellt wird, was den Untersuchungsaufwand mit Folgen für die erzielbaren Ergebnisse entsprechend einschränkt. Weist der Sachverständige in seinem Gutachten hinsichtlich der aufgefundenen Ergebnisse auf diese Abhängigkeit wie auch darauf hin, dass Genaueres durch einen höheren jedoch kostenintensiveren **Untersuchungsaufwand** hätte erreicht werden können, beeinflusst auch das die Sachmangelfreiheitskriterien. 106

#### cc) Gutachtenszweck

Die Sachmängelhaftung wird maßgeblich auch vom Gutachtenszweck beeinflusst. Der vereinbarte Gutachtenszweck ist Teil der vertraglich vorausgesetzten **Verwendungseignung**. Wird der Gutachtenszweck verfehlt, ist das Gutachten mangelhaft; darauf, ob es für die gewöhnliche Verwendungseignung tauglich ist, kommt es nicht an. 107

**Beispiele:** Der Architekt lässt sich von einem Honorarsachverständigen ein Gutachten zu der von dem Architekten erstellten Schlussrechnung machen. Gutachtensthema: Prüfbarkeit und Richtigkeit der Rechnung, so dass die so berechnete Honorarforderung erfolgreich zum Gegenstand einer Klage gemacht werden kann. Das Gutachten ist mangelhaft, wenn der Gutachter beides bejaht, ohne auf vorhandene Risiken mit abweichender Beurteilungsmöglichkeit aufmerksam zu machen. Der Gutachter soll vor Ablauf der Gewährleistungsfrist prüfen, ob die Leistung mangelfrei ist. Er bejaht dies, wobei er zB hinsichtlich der Stahlbetonteile keine Messungen über die Betonüberdeckung vornimmt. Nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Sachmängelansprüche treten Roststellen auf, die auf eine unzulängliche Überdeckung zurückzuführen sind. Das Gutachten ist mangelhaft, es hat seinen Zweck nicht erfüllt. 108

#### c) Anforderungen an die gewöhnliche Verwendungseignung eines Gutachtens (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB)

Der privat beauftragte Sachverständige schuldet gewöhnlich als Beschaffenheit, die der Besteller auch erwarten kann, die Richtigkeit des Gutachtens.<sup>70</sup> Ein falsches – unrichtiges – Gutachten löst die Sachmängelrechte aus, die in § 634 BGB gelistet sind. Hat das Gutachten bereits zu nachteiligen Dispositionen geführt, ist der Sachverständige bei fahrlässiger Pflichtverletzung schadensersatzpflichtig (§§ 280, 276 BGB). 109

#### aa) Richtigkeitskriterien

Im Allgemeinen wird gefordert, dass das Gutachten objektiv richtig sein muss.<sup>71</sup> Dieses Erfordernis ist schon oben unter Rn ■■■42 ff für das Gerichtsgutachten relativiert worden. Diese Überlegungen gelten auch hier. Selbstverständlich hat der Sachverständige die richtigen Messungen vorzunehmen mit den richtigen Geräten, diese Geräte richtig abzulesen, die zutreffenden Technikregeln und die einschlägigen Naturgesetze sowie die Regeln zB der Mathematik anzuwenden. Wenn die einschlägigen technischen Wissenschaften jedoch gerade im Bereich der Bewertung **Entscheidungsspielräume** lassen, darf der Sachverständige hiervon Gebrauch machen. Wo verschiedene Schlussfolgerungen zulässig sind und in der Literatur darüber Streit besteht, darf sich der Sachverständige für eine Auffassung entscheiden, muss allerdings den Streit der Meinungen auch im Gutachten darstellen.<sup>72</sup> „Kommen für die Beantwortung der gestellten Fragen mehrere 110

70 Vgl BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860 = IBR 2003, 208; Wessel, in: PraxisHdbSachverständigenR, 3. Aufl., § 33 Rn 22.

71 Vgl BGH 6.2.2003 – III ZR 44/02, BauR 2003, 860, 861 = IBR 2003, 208; Wessel, in: PraxisHdbSachverständigenR, 3. Aufl., § 33 Rn 22.

72 Vgl Richtlinien zur Mustersachverständigenordnung, abgedruckt bei Bleutge, Sachverständige, Inhalt und Pflichten ihrer öffentlichen Bestellung, 6. Aufl., Ziff. 8.3.7, S. 90.

Lösungen ernsthaft in Betracht, hat diese der Sachverständige darzulegen und den Grad der Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der einzelnen Lösungen gegeneinander abzuwägen. Die Schlussfolgerungen müssen klar und verständlich dargelegt werden, so dass sie für einen Nichtfachmann lückenlos nachvollziehbar und plausibel sind. Ist eine Schlussfolgerung nicht zwingend, sondern nur naheliegend, und ist das Gefolgerte deshalb nicht erkenntnissicher, sondern nur mehr oder minder wahrscheinlich, so muss der Sachverständige dies im Gutachten deutlich zum Ausdruck bringen.<sup>73</sup> Wer ein Gutachten zu erstellen hat, muss den vertraglich vereinbarten Anforderungen genügen. Sorgfaltsmaßstab ist auch bei der Erstellung eines Gutachtens grundsätzlich das, was im Verkehr erforderlich ist (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Sachverständige muss seine Sorgfalt jedenfalls auf die Verkehrskreise ausrichten, in denen er mit der Verwendung seines Gutachtens zu rechnen hat.<sup>74</sup>

- 111 Das Gutachten insbesondere eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen begründet für den Auftraggeber einen Vertrauenstatbestand.<sup>75</sup> Denn der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige wie auch ein **Verbands Sachverständiger** nehmen ein besonderes Vertrauen in Anspruch. Der Sachverständige hat diesen Vertrauenstatbestand im Gutachten abzuschwächen, wenn seine nach bestem Wissen und Gewissen aufgefundene Bewertung mit anderen im Widerstreit steht.
- 112 Der Sachverständige hat die zutreffenden Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen, die nach den einschlägigen Regeln geforderten Untersuchungen durchzuführen und auftragsbedingt vorgegebene Einschränkungen – zB durch das zur Verfügung gestellte Budget – zum Ausdruck zu bringen. Die aus fachtechnischer Sicht zu treffenden Feststellungen müssen grundsätzlich vollständig sein und die Beurteilung hat nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand zu erfolgen. So muss ein Wertermittlungsgutachter das Objekt besichtigen und darf sich nicht auf Pläne verlassen, wenn eine Augenscheinnahme möglich war.<sup>76</sup> **Anknüpfungstatsachen** sind entweder auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen oder zum Ausdruck zu bringen, dass er diese unter Quellenangabe nicht oder nur teilweise überprüft hat.<sup>77</sup> Zwischen Tatsachenfeststellungen und **Unterstellungen** ist deutlich zu unterscheiden.<sup>78</sup> Im Einzelfall wird zu prüfen sein, ob der Sachverständige dann hinsichtlich der Mängelfreiheit seines Gutachtens Bedenken gem. § 242 BGB anzumelden hat, um eine Haftungsentlastung – analog den nach § 4 Nr. 3 und § 13 Nr. 3 VOB/B geltenden Regeln – zu erzielen. Wenn dem Sachverständigen vom Auftraggeber zum Zweck der Begutachtung bestimmte Unterlagen übergeben werden und dem Sachverständigen auf dessen Anforderung zusätzliches Material versagt wird, was im Ergebnis objektiv bei Berücksichtigung der gesamten Fakten die Unrichtigkeit des Gutachtens zur Folge hat, steht der Sachverständige für diese Unrichtigkeit jedenfalls nicht ein. Diese hat ihre Ursache nämlich nicht in der Vertragswidrigkeit seiner Leistung, sondern geht auf den Auftraggeber zurück. Ist ein Gutachten unrichtig, steht der Sachverständige nach Sachmangelhaftungsrecht nur ein, wenn die Ursache in der Vertragswidrigkeit seiner Leistung beruht. Die Zurechenbarkeit scheidet, wenn die Ursache für die Mangelhaftigkeit des Gutachtens aus der Sphäre des Auftraggebers stammt und der Gutachter beweiskräftig auf Bedenken aufmerksam gemacht hat, was den Auftraggeber jedoch zu einem geänderten Verhalten nicht veranlasste. Das bringt zwar das Sachmangelhaftungsrecht des BGB explizit nicht zum Ausdruck, kann jedoch neben § 242 BGB aus § 645 BGB erschlossen werden. § 645 BGB geht nämlich seinem Sinn nach von der Verantwortlichkeit eines Auftraggebers aus, der dem Auftragnehmer zur

73 Vgl. Richtlinien zur Mustersachverständigenordnung, abgedruckt bei *Bleutge*, Sachverständige, Inhalt und Pflichten ihrer öffentlichen Bestellung, 6. Aufl., Ziff. 8.3.7, S. 90.

74 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/97, NJW 1998, 1059, 1060 = BauR 1998, 189, 191.

75 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059 = BauR 1998, 189, 191.

76 BGH 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392, 393 = IBR 1995, 66 und 116.

77 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059 = BauR 1998, 189, 191.

78 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, BauR 2003, 1599, 1601 = IBR 2003, 489.

## § 8

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

Werkerfüllung bestimmte Vorgaben macht, die ursächlich für das Misslingen des Werks sind, wenn der Auftragnehmer nicht seinerseits hierfür ursächliche Umstände zu vertreten hat.

#### bb) Richtigkeitskriterien bei Rechtsfragen und Komplexfragen

Findet bei Beauftragung eines Gerichtssachverständigen hinsichtlich der Differenzierung zwischen Rechtsfragen und Sachverständigenfragen sowie der Behandlung von Komplexfragen dem Anspruch nach noch eine Kontrolle durch das Gericht statt, fehlt es daran bei einem privat beauftragten Sachverständigen. 113

**Beispiele:** Der Privatgutachter wird damit beauftragt, ob es sich hinsichtlich der Pos. 22 N/1 der Rechnung tatsächlich um einen Nachtrag handelt oder ob diese Leistung nicht bereits nach § 1 Nr. 1, „2 Nr. 1 VOB/B vom Ausgangsvertrag umfasst ist. Er hat dazu Stellung zu nehmen, ob der Aufwand unverhältnismäßig hoch ist, ob die Minderung nach der Auernhammerschen Zielbaumethode oder nach den tatsächlichen Mängelbeseitigungskosten erfolgt. 114

Hierbei handelt es sich um Rechtsfragen oder um zumindest auch rechtlich besetzte Komplexfragen.<sup>79</sup> Unter Richtigkeitsanforderungen hat der Sachverständige mit Rücksicht auf den vom Besteller verfolgten Gutachtenszweck Vorsicht walten zu lassen. Ein Kläger, der insoweit einem Gutachten vertraut hat, bei Gericht jedoch erfolglos geblieben ist, hat zu prüfen, auf welche Weise konkret der Sachverständige mit den rechtlich besetzten Gutachtensthemen umgegangen ist. Denn will der Besteller auf das Gutachten hin eine Klage erheben oder sich gegen eine erhobene Klage verteidigen, hat der Sachverständige die durch das Gutachtensthema berührten rechtlichen Aspekte mit zu berücksichtigen. Rechtlich besetzte Positionen müssen mit Rücksicht auf die Rechtsprechung beantwortet werden, wenn sich der Sachverständige nicht nur auf Technik beschränken will. 115

**Beispiel:** Das Problem, ob die Nacherfüllungsaufwendungen unverhältnismäßig sind, kann von mir nur eingeschränkt beantwortet werden. Im Kern handelt es sich insoweit um eine Rechtsfrage, die jedoch von dem technisch besetzten Sachverhalt insofern abhängt, als zu prüfen ist, welcher Aufwand für die Mängelbeseitigung erforderlich ist und was damit erreicht wird. Nur die beiden letzten Punkte können von mir verbindlich beantwortet werden. Ich kann die mir gestellte Gutachtensfrage, ob Sie – der Auftraggeber – zur Minderung dem Grunde nach berechtigt sind, deshalb letztlich nicht verbindlich beantworten. 116

Will der Sachverständige auch dazu Stellung nehmen, ob der Auftraggeber wegen des gerügten Mangels mindern kann und in welcher Höhe dies möglich ist, hat der Sachverständige seine Ausführungen zur Unverhältnismäßigkeit gleichsam unter den Vorbehalt einer gerichtlichen Entscheidung zu stellen; er kann auf Beispiele in der Rechtsprechung verweisen, muss aber darauf hinweisen, dass darüber verbindlich und mit Richtigkeitsgewähr nicht er sondern das Gericht entscheidet. Letztlich muss der Sachverständige bei Komplexfragen und Rechtsfragen den durch sein Gutachten ansonsten bewirkten Vertrauenstatbestand für den Auftraggeber deutlich erkennbar abschwächen; **Vorbehalte** müssen deutlich zum Ausdruck gebracht werden.<sup>80</sup> Ein Kläger hat das Gutachten darauf hin zu überprüfen, ob solche Vorbehalte erklärt worden sind. 117

#### 2. Mangelzurechnung

Ist das vom Privatgutachter erstattete Gutachten unrichtig, hat eine Klage des Auftraggebers gegen den Sachverständigen nach Werkvertragsregeln nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Unrichtigkeit auf der Vertragswidrigkeit der Leistung des Sachverständigen beruht. Geht die Unrichtigkeit auf Ursachen im Verantwortungsbereich des Auftraggebers zurück, scheidet die 118

79 Vgl dazu § 4 Teil B Rn ■■■■.

80 OLG Stuttgart 21.8.1997 – 13 U 3/96 (unveröffentlicht).

Mängelhaftung mangels Zurechenbarkeit aus, es sei denn, der Sachverständige hat gegen diese im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegenden Vorgaben keine Bedenken erhoben.<sup>81</sup> Für den Kläger sind insofern der Schriftverkehr oder zB im Gutachten enthalten Vorbemerkungen zu überprüfen, ob der Gutachter insbesondere im Hinblick auf Vorgaben des Auftraggebers, das eingeschränkte Kostenbudget oder trotz Anforderung nicht zur Verfügung gestellte Unterlagen Vorbehalte gegen das erzielbare Gutachtensergebnis vorgebracht hat. Ist das der Fall, scheidet eine Sachmängelhaftung aus.

### 3. Sachmängelrechte

- 119 Der Besteller kann die allgemein nach Werkvertragsrecht bestehenden Sachmängelrechte geltend machen. In der Praxis dominieren Schadensersatzansprüche; Nacherfüllung, Selbstvornahme und Minderung sind unbedeutend.

#### a) Nacherfüllung (§ 635 BGB)

- 120 Die Klage kann auf Nacherfüllung gemäß § 635 BGB gehen, was jedoch nur dann Sinn macht, wenn der Besteller das übergebene Gutachten noch nicht zum Anlass für weitere Dispositionen genommen hat, aus denen sich der Mangelhaftigkeit wegen Vermögensnachteile ergeben. Nacherfüllung kommt bei **Unvollständigkeiten** des Gutachtens in Betracht, zB wenn der Sachverständige zu begutachtende Punkte ausgelassen hat, wenn Anlagen fehlen oder die im Gutachtenstext angeführten Lichtbilder nicht angehängt sind. Auch unzulängliche Formalien können gerügt werden, wie zB eine fehlende Zusammenfassung am Ende des Gutachtens, fliegende Anlagen, fehlende Systematik.

#### b) Selbstbeseitigung (§ 637 BGB)

- 121 Ansprüche aus § 637 BGB scheitern schon deshalb, weil das Gutachten persönlich zu erstatten ist und eine Mängelbeseitigung durch einen Dritten ausscheidet. Das ist besonders deutlich, wenn der Sachverständige die ihm abverlangte Bewertung unterlassen hat. Diese kann nicht durch einen Drittgutachter auf Kosten des beauftragten Sachverständigen nachgeholt werden.

#### c) Minderung

- 122 Eine Minderung kommt unter den in § 638 BGB genannten Voraussetzungen dann in Betracht, wenn die dem Sachverständigen für die Nacherfüllung gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist oder nach §§ 638 Abs. 1, 323 Abs. 2 BGB eine Fristsetzung entbehrlich war. Die Minderungsvoraussetzungen sind auch dann gegeben, wenn die Mängelbeseitigung wegen Sinnlosigkeit ausscheidet, was dann der Fall ist, wenn der Besteller das Gutachten bereits nachweisbar zur Grundlage einer Disposition gemacht hat.

- 123 **Hinweis:** Der Rechtsanwalt verlangt mit der **Minderungsklage** das bereits gezahlte Honorar oder Teile davon zurück. Das Zahlungsbegehren entspricht der Höhe der Minderung. Für die Bemessung ist § 638 Abs. 3 BGB maßgeblich.

Die Minderungsklage führt dazu, dass das dem Sachverständigen gezahlte Honorar reduziert wird, was bis auf Null gehen kann und zur Folge hat, dass der Sachverständige das überzahlte Honorar zurückzahlen hat (§ 638 Abs. 4 BGB). Die **Minderungsregel** enthält § 638 Abs. 3 BGB. Ist das Gutachten völlig wertlos, erfolgt eine Reduktion auf Null, sind nur Teile unrichtig, sind diese Teile im Verhältnis zu den korrekten Ausführungen zu gewichten; diese Verhältniszahl bestimmt die dem Sachverständigen zustehende Vergütung und damit die Höhe der Minderung. Ist die Mängelbeseitigung wegen Sinnlosigkeit ausgeschlossen, scheidet eine Bestimmung der

<sup>81</sup> Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 633 Rn 4.

## § 8

### D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

Minderungshöhe nach Maßgabe des Mängelbeseitigungsaufwandes aus.<sup>82</sup> Der Ausgleich des Minderwerts des Gutachtens erfolgt auf die Weise, dass das Honorar des Sachverständigen um den Vergütungsanteil zu mindern ist, der der Differenz zwischen der erbrachten und der geschuldeten Leistung entspricht.<sup>83</sup>

#### d) Schadensersatzklage

Die Klage auf Schadensersatz ist die häufigste Klageart gegen den Sachverständigen. Der Auftraggeber des Privatgutachters hat in Ausrichtung an dem Gutachten Dispositionen getroffen und wegen der Unrichtigkeit des Gutachtens Vermögensnachteile oder sonstige Nachteile zB an seinem Eigentum erlitten. Mangelfolgeschäden bilden einen Schadensposten, daneben kann der Besteller entsprechend den Minderungsregeln den Minderwert des Gutachtens geltend machen und mit der Zahlungsklage das bereits gezahlte Honorar oder Teile davon geltend machen. 124

**Beispiele:** Der Besteller hat im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens auch den Nachtrag mit einer Klage geltend gemacht. Im Prozess wird der Nachtrag mit der Begründung abgewiesen, dass die Leistung bereits Gegenstand des Bauvertrags ist und in der Pos. 17 des Leistungsverzeichnisses enthalten ist. Der Honorarsachverständige hat im Gutachten erklärt, der Planer könne auch das Honorar für das erstellte Modell, die Mitwirkung bei der Beschaffung der nachbarlichen Zustimmung und das Fortschreiben des Zahlungsplanes als Besondere Leistung verlangen. Das Gericht weist die Honorarklage insoweit mit Hinweis auf § 5 Abs. 4 HOAI ab (Fehlen einer schriftlichen Honorarvereinbarung). 125

Geltend gemacht wird der Schaden durch Vergleich der Vermögenslagen bei richtiger Begutachtung und der Vermögenslage, die durch das unrichtige Gutachten entstanden ist. Der Schadensersatzanspruch nach §§ 636, 280, 281 BGB setzt abweichend von den Nacherfüllungs- und den Minderungsvoraussetzungen Verschulden des Gutachters voraus. Dieses Verschulden wird jedoch vermutet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), so dass insoweit ein Vortrag des Klägers nicht erforderlich ist. Der Sachverständige hat sich zu entlasten. 126

#### 4. Aktivlegitimation

Die unter Rn ■■■119 ff bezeichneten werkvertraglichen Sachmängelrechte macht der Auftraggeber/Besteller geltend. Die Rechtspraxis kennt jedoch auch Vertragslagen, bei denen ein Dritter in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen ist. **Verträge mit Schutzwirkung** zugunsten Dritter liegen dann vor, wenn der Sachverständige ein **verkehrsfähiges Gutachten** erstattet. 127

#### a) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

**Hinweis:** Macht ein Dritter Schadensersatzansprüche geltend, hat der Rechtsanwalt zu prüfen, ob der dem Sachverständigen erteilte Auftrag typologisch zu den Verträgen mit Schutzwirkung gehört. Typisch sind privat erteilte Aufträge an einen Wertermittlungssachverständigen. Der Wertermittler erstellt „verkehrsfähige Gutachten“, auf die sich nicht nur der Auftraggeber, sondern auch ein Dritter verlässt. 128

Erteilt das Vollstreckungsgericht im **Vollstreckungsverfahren** dem **Wertermittlungssachverständigen** den „Auftrag“ zur Ermittlung des Verkehrswerts scheidet der Schutz Dritter – zB des Ersteigerers – nach Vertragsrecht aus. Denn die Rechtsbeziehung des Vollstreckungsgerichts zum Sachverständigen ist öffentlich-rechtlicher Natur; es fehlt an einem privatrechtlichen Vertrag<sup>84</sup> als Voraussetzung für eine Schutzwirkung zugunsten eines Dritten. Der schützenswerte 129

82 BGH 9.1.2003 – VII ZR 181/00. NJW 2003, 1188 = BauR 2003, 533 = IBR 2003, 186 und 187.

83 BGH 9.1.2003 – VII ZR 181/00. NJW 2003, 1188 = BauR 2003, 533 = IBR 2003, 186 und 187.

84 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, BauR 2003, 1599 = IBR 2003, 489.

Dritte wird bei Privatgutachteraufträgen mittels einer durch das Prinzip von Treu und Glauben geprägten ergänzenden Vertragsauslegung in den Schutzbereich einbezogen.<sup>85</sup> Sachlicher Hintergrund ist, dass dieser Dritte mehr oder minder bestimmungsgemäß von dem Gutachten betroffen wird. Das ist gerade bei einem Wertermittlungsgutachten der Fall, das regelmäßig dazu dient, Dritten vorgelegt zu werden, die im Hinblick auf das Gutachten ihre Vermögenslage beeinflussende Entscheidungen treffen sollen.

#### b) Typen

- 130 Ein derartiger durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelter Einbeziehungswille der vertragschließenden Parteien wurde bisher bei folgenden Typen bejaht:

Ein Sachverständiger, der über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, erstellt ein Gutachten, das – was der Sachverständige weiß oder womit er rechnen muss – erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist und wegen dieser Anerkennung auch nach dem Willen der Vertragsparteien mit besonderer Beweiskraft ausgestattet ist.<sup>86</sup> Auch dann, wenn der Sachverständige über eine solche besondere staatliche Anerkennung nicht verfügt, ist eine Haftung einem Dritten gegenüber zu bejahen, wenn der Gutachtensauftrag nach dem Vertragswillen der Parteien den **Drittsschutz** umfasst.<sup>87</sup>

- 131 Bei der Auslegung sind insbesondere der **Gutachtenszweck** wie auch der sonstige Gutachtensinhalt sowie die Umstände der Gutachtenserteilung zu beachten. Ein Gutachten, das Dritten als Grundlage für Vermögensdispositionen insbesondere im Verhältnis zu dem Auftraggeber des Gutachtens vorgelegt und dienen soll, erfasst grundsätzlich auch den Schutz dieser Dritten. Ein entgegenstehender Wille der Vertragsparteien mit dem Ziel der Täuschung des Dritten ist unbeachtlich.<sup>88</sup>

#### c) Geschützte Dritte

- 132 Als solche geschützte Dritte kommen bei einem Wertermittlungsgutachten in Betracht: Private Kapitalanleger oder private Kreditgeber, der Käufer eines Grundstücks, der mittels des Wertermittlungsgutachtens über den Verkehrswert informiert wird;<sup>89</sup> auch ein Bürge gehört dazu.<sup>90</sup> Ein im Baubereich angesiedeltes Privatgutachten, zB über die Minderung wegen mangelhafter Leistung, erweist sich nicht als ein derartiges verkehrsfähiges Gutachten. Ein solches Gutachten ist nicht erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten in dem Sinne bestimmt, dass der Dritte – hier der Unternehmer – im Hinblick auf dieses Gutachten eine entsprechende Zahlung erbringt. Gleiches gilt, wenn sich ein Privatgutachten mit Mangel- und Mangelbeseitigungsfragen befasst; denn der Unternehmer befindet über die Mängelbeseitigung in eigener Verantwortung.<sup>91</sup> Ein solches Gutachten dient ausschließlich der Unterrichtung des Auftraggebers. Hat der Besteller eine Sachverständigen-GmbH mit der Begutachtung betraut, die ihrerseits das Gutachten durch einen Mitgesellschafter erstellen lässt, kann der Besteller den Gutachtensverfasser unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht in Anspruch nehmen. Denn der Besteller ist wegen seines Anspruchs gegenüber der Sachverständigen-GmbH nicht schutzbedürftig.<sup>92</sup>

85 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, BauR 2005, 122.

86 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, BauR 2005, 122, 123.

87 BGH 14.11.2000 – X ZR 203/98, NJW 2001, 514 = BauR 2001, 426 = IBR 2001, 132.

88 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, BauR 2005, 122, 124.

89 BGH 17.10.2000 – X ZR 169/99, NJW 2001, 512 = BauR 2001, 431 = IBR 2001, 133.

90 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059 = BauR 1998, 189 = IBR 1998, 114.

91 Vgl § 5 Teil 8 Rn ■■■■.

92 OLG Köln 21.6.2002 – 19 U 166/01, NZBau 2003, 101 = IBR 2002, 675.

## § 8

## D. Ansprüche gegen den privat beauftragten Sachverständigen

### 5. Passivlegitimation

Der Geschädigte nimmt in der Regel den beauftragten Sachverständigen in Anspruch. Hat der Besteller den Gutachtervertrag mit einer Sachverständigen-Partnerschaft geschlossen, kann der Kläger die **Sachverständigen-Partnerschaft** auf Schadensersatz verklagen; diese kann nämlich gem. § 7 Abs. 2 PartGG, § 124 HGB vor Gericht klagen und verklagt werden. Außerdem haften die Partner als Gesamtschuldner. Der Kläger hat jedoch § 8 Abs. 2 PartGG zu beachten: Da das Gutachten regelmäßig nur einer der Partner bearbeitet, haftet nur dieser neben der Partnerschaft. Ist Auftragnehmer eine **Sachverständigen-GmbH**, steht dem Kläger nur diese für die Richtigkeit des Gutachtens und nicht der Gutachter ein.<sup>93</sup> 133

### 6. Vertragliche Haftungsregeln

Erkennt der Rechtsanwalt anhand des geschlossenen Sachverständigenvertrags den Versuch des Sachverständigen, sich durch Klauseln vor einer Inanspruchnahme zu schützen, erweist sich dies regelmäßig als untauglich. Klauseln, die das Ziel einer erleichterten Verjährung verfolgen, scheitern meist an § 309 Nr. 8 b)ff) BGB. Klauseln mit dem Ziel des Ausschlusses der Haftung bei grober Fahrlässigkeit verstoßen gegen § 309 Nr. 7 b) BGB; die Haftung für Vorsatz kann nach § 276 BGB nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden. Der Haftungsausschluss gelingt deshalb hinsichtlich der Verschuldensart nur bei leichter Fahrlässigkeit, ist aber auch dann nicht wirksam, wenn nicht die Tatbestände der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit ausgenommen werden (§ 309 Nr. 7 a) BGB. Außerdem misslingt die Haftungsbeschränkung auf leichte Fahrlässigkeit dann, wenn der Sachverständige eine Kardinalpflicht verletzt hat (§ 307 Abs. 1 BGB).<sup>94</sup> Eine Beschränkung der Haftungshöhe auf die Versicherungssumme verfällt der Unwirksamkeit wegen ihrer mangelnden Transparenz (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). 134

### 7. Verjährung

Die werkvertraglichen Sachmängelrechte verjähren nach § 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB in der regelmäßigen Verjährungsfrist, also nach §§ 195, 199 BGB in drei Jahren beginnend ab dem in § 199 Abs. 1 ZPO genannten Zeitpunkt.<sup>95</sup> Das Gutachten ist zwar ein Werk, aber diese fällt nicht unter § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB; denn es handelt sich dabei nicht um eine Sache iSd § 90 BGB, sondern um eine geistige Leistung. Das Gutachten als Schriftstück ist lediglich ein körperlicher Ausdruck der eigentlichen geistigen Leistung. Auch § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB ist nicht einschlägig, weil sich das Gutachten von der dort angeführten Planungsleistung unterscheidet. Das ist anders bei einem sog. **Sanierungsgutachten**, weil dies je nach seiner Ausgestaltung durchaus Planung sein kann.<sup>96</sup> Bei einem Sanierungsgutachten erstellt der Sachverständige nämlich nicht ein bloßes Wertgutachten oder dergleichen, sondern eine Sanierungsplanung samt einem Sanierungsvorschlag. Diese Tätigkeit gleicht der eines Architekten und ist deshalb eine Planungsleistung, die sich im Bauwerk verwirklicht. 135

Verjährungsrechtlich bietet sich eine Differenzierung an, wenn der Sachverständige zunächst ausschließlich mit der Begutachtung und dann in einem weiteren getrennten Schritt mit der Planung beauftragt wird. Was für einen Planungsauftrag an einen Dritten aufgrund eines Sanierungsgutachtens gilt,<sup>97</sup> könnte auf den Gutachter selbst übertragen werden, wenn ihm im Anschluss an die Begutachtung ein Planerauftrag erteilt wird. 136

Für die Bestimmung des Zeitpunkts des **Verjährungsbeginns** ist deshalb die Abnahme des Gutachtens bedeutungslos (§ 634 a Abs. 2 BGB). Entscheidend ist für den Verjährungsbeginn die Re- 137

93 OLG Köln 21.6.2002 – 19 U 166/01, NZBau 2003, 101 = IBR 2002, 675.

94 BGH 11.11.1992 – VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 = IBR 1993, 92.

95 MünchKommBGB/Busche 4. Aufl., § 634 a Rn 33; Palandt/Sprau, 67. Aufl., § 634 a Rn 12.

96 Vgl. BGH 12.3.1987 – VII ZR 80/86, BauR 1987, 456.

97 OLG Hamm 11.12.2001 – 21 U 183/00, BauR 2002, 1113 = IBR 202, 427.

gelung in § 199 Abs.1 BGB. Im übrigen sind die Maximalfristen nach § 199 Abs.2, 3 BGB zu beachten.

#### 8. Mitverschulden

- 138 Im Einzelfall kann den Auftraggeber, der den Privatgutachter in die Haftung nimmt, ein Mitverschulden treffen (§ 254 BGB). Dies ist ohne Zweifel dann der Fall, wenn der geschädigte Auftraggeber es trotz bestehender Möglichkeiten unterließ, den Schaden zu mindern.<sup>98</sup> Hat der Auftraggeber jedoch dem Sachverständigen unvollständige Informationen geliefert oder sonst Vorgaben gemacht, die auf der Grundlage einer objektiven Gesamtbetrachtung das Ergebnis negativ beeinflussen haben, hat dies nicht mit Mitverschulden, sondern damit zu tun, dass der eingetretene Nachteil dem Sachverständigen nicht zugerechnet werden kann.<sup>99</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Sachverständige insoweit Bedenken nicht haben musste oder auf Bedenken aufmerksam gemacht hat. Ist Kläger der in den Schutzbereich des Gutachtervertrages einbezogene Dritte, braucht sich dieser ein eventuelles Mitverschulden des Auftraggebers nicht entgegen halten zu lassen.<sup>100</sup> § 334 BGB wird als konkludent abbedungen angesehen.<sup>101</sup>

#### 9. Darlegungs- und Beweislast

- 139 Für die Sachmangelklage gelten die allgemeinen Beweislastregeln. Nach der Abnahme der Gutachterleistung hat der Besteller die Mangelhaftigkeit und die Zurechnung zu Lasten des Sachverständigen darzutun und zu beweisen. Der Kläger hat auch den Schaden und die Ursächlichkeit der Fehlleistung des Sachverständigen für den Schaden bei Bedarf zu beweisen. Ist, wie bei der Schadensersatzklage, auch Verschulden Anspruchsvoraussetzung, wird das Verschulden nach § 280 Abs.1 Satz 2 BGB vermutet. Damit trifft den beklagten Sachverständigen insoweit wie auch hinsichtlich eines eventuellen Mitverschuldens des Klägers die Darlegungs- und Beweislast.

#### III. Ansprüche des Auftraggebers aus unerlaubter Handlung

- 140 Ansprüche des Auftraggebers aus unerlaubter Handlung können in Betracht kommen, wenn das Gutachten nach den unter Rn ■■■24 ff, 42 ff angeführten Kriterien unrichtig ist oder im Vorbereitungsstadium des Gutachtens die Integritätsinteressen des Auftraggebers vorwerfbar durch den Sachverständigen oder die von ihm zugezogenen Hilfspersonen verletzt wurden.

##### 1. Ansprüche aus § 823 Abs.1 BGB

- 141 Diese Anspruchsgrundlage kommt nur in Betracht, wenn die dort genannten Rechtsgüter vorwerfbar und rechtswidrig verletzt worden sind. Ein Vermögensschaden, der nicht Folgeschaden eines verletzten absoluten Rechtsgutes ist, fällt nicht unter den Schutzbereich der Vorschrift. Löst das Gutachten lediglich Vermögensschäden aus, scheidet § 823 Abs.1 BGB aus. Die Vorschrift greift, wenn im Zusammenhang mit zerstörenden Prüfungen oder aus Unachtsamkeit beim Hantieren mit Behelfen das Eigentum des Auftraggebers vorwerfbar verletzt wird. Hat der Sachverständige Hilfspersonen eingeschaltet, ist § 831 BGB zu beachten, was bei sachgerechter Auswahl und Überwachung im Ergebnis zur Haftungsentlastung des Sachverständigen führt.

##### 2. Ansprüche aus § 823 Abs.2 BGB

- 142 Diese Vorschrift greift nur ein, wenn der Sachverständige im Zusammenhang mit der Begutachtung ein **Schutzgesetz** verletzt, das den Schutz des Klägers bezweckt. Diese Vorschrift scheidet im Bereich des privat beauftragten Sachverständigen praktisch aus. Solche Schutzgesetze sind

98 Vgl BGH 14.11.2000 – X ZR 203/98, NJW 2001, 514 = BauR 2001, 426 = IBR 2001, 132.

99 AA *Bleutge*, Die Haftung des Sachverständigen für fehlerhafte Gutachten, 2002, S. 39.

100 BGH 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 = IBR 1995, 66 und 116.

101 BGH 13.11.1997 – X ZR 144/97, NJW 1998, 1059, 1061.

## § 8

## E. Ansprüche gegen den Schiedsgutachter

die Eidesvorschriften des StGB, die jedoch bei einem Privatgutachter ausscheiden. Die Vereidigung des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen durch die Bestellungskörperschaft begründet kein Schutzgesetz, weil sie den strafrechtlichen Eidesregeln nicht gleichgestellt ist.<sup>102</sup> Als Schutzgesetz kommt das strafrechtlich geschützte Schweigegebot nach § 203 Abs. 2 Nr. 5 StGB in Betracht, das jedoch ausschließlich den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen betrifft.

### 3. Ansprüche aus § 826 BGB

Die Hürden des § 826 BGB sind deshalb hoch, weil auf der subjektiven Seite des schädigenden Sachverständigen eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung verlangt wird. Der geschädigte Auftraggeber ist auf der Grundlage seiner vertragsrechtlichen Ansprüche auf § 826 BGB nicht angewiesen. Wegen der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bedarf auch dieser Dritte des Schutzes durch § 826 BGB nicht notwendig. § 826 BGB setzt nach der BGH-Rechtsprechung voraus, dass der Sachverständige bei der Gutachtenserstellung leichtfertig oder gewissenlos und zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben muss. Ein falsches Gutachten reicht für sich nicht aus. Die Ursache muss zB in äußerst nachlässigen Ermittlungen hinsichtlich der Befundtatsachen oder sonstigen Grundlagen des Auftrags liegen. Hierdurch wie zB durch „ins Blaue“ gemachte Angaben muss der Sachverständige eine Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Auftraggeber oder einem betroffenen Dritten an den Tag gelegt haben, die angesichts der vom Sachverständigen in Anspruch genommenen Kompetenz und der Bedeutung des Gutachtens für zu treffende Entscheidungen nur als gewissenlos bezeichnet werden muss.<sup>103</sup> Der durch ein Gutachten geschädigte Dritte ist auf diese Anspruchsgrundlage nicht unbedingt angewiesen; ihm steht wegen der Rechtsprechung hinsichtlich des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oft ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zur Verfügung.<sup>104</sup>

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hatte soweit ersichtlich bisher nur Wertermittlungsgutachten zum Gegenstand. Die Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass die Sachverständigen im Einzelfall gegen Grundregeln ihres Faches verstoßen haben, was den Leichtfertigkeitvorwurf auslöst.

**Beispiel:** Der Wertermittlungsgutachter unterlässt eine an sich mögliche Besichtigung und gibt nicht bekannt, dass er auf Unterstellungen aufbaut handelt vorwerfbar, was den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigt.<sup>105</sup>

## E. Ansprüche gegen den Schiedsgutachter

**Hinweise:** Nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit oder Unbilligkeit des Schiedsgutachtens besteht eine begründete Klagemöglichkeit gegen den Schiedsgutachter.

Im Übrigen entfaltet die sich aus § 319 BGB und der Schiedsgutachterabrede der Parteien ergebende Bindungswirkung für die Parteien eine Art Sperrwirkung.

Sollen Ansprüche gegen einen von beiden Parteien einvernehmlich vereinbarten Schiedsgutachter geltend gemacht haben, mit dem beide Parteien auch einen Schiedsgutachtervertrag abgeschlossen haben, gelten grundsätzlich die für ein Privatgutachten geltenden Haftungsregeln. Die Besonderheit besteht in der **Bindungswirkung** des Schiedsgutachtens für die Parteien, die nur in den in § 319 BGB angeführten Fällen durchbrochen wird. Nur bei offensichtlicher Unbilligkeit oder

102 Wessel, in: PraxisHdbSachverständigenR, 3.Aufl., § 34 Rn 14.

103 BGH 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 = BauR 2005, 122.

104 Vgl.dazu oben Rn 127 ff.

105 BGH 20.5.2003 – VI ZR 312/02, NJW 2003, 2825, 2826 = IBR 2003, 489; vgl auch BGH 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 = IBR 1995, 66 und 116; BGH 13.11.1997 – X ZR 144/94, NJW 1998, 1059, 1060 = IBR 1998, 114.

Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens entfällt die Bindungswirkung und kann die durch das Gutachten bereits benachteiligte Partei Schadensersatzansprüche geltend machen.

### I. Abgrenzung Privatgutachter und Schiedsgutachter

- 148 An erster Stelle ist zu prüfen, ob der zu verklagende Sachverständige Privatgutachter oder Schiedsgutachter gewesen ist. Zwischen den Parteien muss eine **Schiedsgutachterabrede** des Inhalts bestehen, dass die Parteien bei Auftreten näher zu bezeichnender Streitpunkte als Schiedsgutachter den Sachverständigen NN einschalten und dessen Gutachten für sie verbindlich ist. Der Schiedsgutachter schließt dann regelmäßig mit beiden Parteien einen Schiedsgutachtervertrag ab, in dem die wesentlichen Konditionen seines Tätigwerdens wie zB Stundensatz, Beistellung von anzufordernden Unterlagen, Vornahme einer Ortsbesichtigung, Ladung der Parteien zu diesem Termin, geregelt werden.
- 149 **Hinweis:** Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum Privatgutachter ist, dass sich beide dem Gutachten als für sie bindend unterwerfen und gewöhnlich beide Parteien den Gutachter auch beauftragen.

### II. Haftungsregeln

- 150 Der Schiedsgutachter hat wie der Privatgutachter das Gutachten auf der Grundlage des mit beiden Parteien geschlossenen Werkvertrags frei von Sachmängeln zu erstellen.<sup>106</sup> Bezüglich der Sachmängelhaftung, die sich vertragsrechtlich nach § 633 Abs.2 BGB bestimmt, ist jedoch zu beachten, dass das Gutachten für die Parteien entsprechend ihrer Abmachung grundsätzlich verbindlich ist. Innerhalb des aus § 319 BGB ableitbaren Verbindlichkeitsrahmens können Mängelansprüche wegen der Unterwerfung der Parteien unter das Schiedsgutachten überhaupt nicht geltend gemacht werden. Die Parteien müssen ein Schiedsgutachten bis zur Grenz der offenbaren Unrichtigkeit oder Unbilligkeit hinnehmen.<sup>107</sup>
- 151 **Hinweis:** Eine Klage gegen einen Schiedsgutachter ist deshalb von vornherein nicht schlüssig, wenn lediglich die Unrichtigkeit oder Unbilligkeit des Gutachtens behauptet wird. Es muss unter Beweisanztritt die Behauptung aufgestellt werden, dass das Gutachten an bestimmt zu bezeichnenden Stellen offenbar unrichtig oder unbillig ist.

#### 1. Offenbare Unrichtigkeit oder Unbilligkeit des Schiedsgutachtens

- 152 Auf welches Kriterium in der Klage gegen den Schiedsgutachter abzustellen ist, hängt von dem Begutachtungsgegenstand ab.

##### a) Unbilligkeit als Maßstab

- 153 Das allein in § 319 BGB angeführte **Unbilligkeitskriterium** ist mit § 317 BGB verknüpft und bei der Begutachtung durch den Schiedsgutachter einschlägig, wenn bei der Erledigung der Gutachteraufgabe billiges Ermessen maßgeblich ist. Insofern kann an § 287 ZPO angeknüpft werden. Diese Vorschrift billigt dem Gericht in den dort angeführten Sachverhalten hinsichtlich der Überzeugungsbildung einen Freiraum zu. Das ist der Fall zB bei der Minderung oder dem Umfang der Behinderungsschäden.<sup>108</sup> Deshalb kommt bei der Bestimmung zB der Minderung durch den Schiedsgutachter das Unbilligkeitskriterium und nicht das Richtigkeitskriterium zum Tragen.

106 Vgl *Koebler*, BauR 2007, 1116 ff (enthaltend einen Überblick über sämtliche das Schiedsgutachten betreffenden Rechtsfragen).

107 OLG Düsseldorf 26.7.2000 – 22 U 4/00, BauR 2000, 1771; OLG Hamm 1.12.1988 – 17 U 209/87, NJW-RR 1989, 681.

108 Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 287 Rn 7; BGH 24.2.2005 – VII ZR 225/03, NJW 2005, 1650 = BauR 2005, 861, 864 = IBR 2005, 247.

## § 8

## F. Ansprüche gegen Qualitätsüberwacher

### b) Unrichtigkeit als Maßstab

Sind Gegenstand des Schiedsgutachtens Tatsachenfeststellungen und deren Beurteilung, zB ob Risse vorhanden sind, wie sich diese Risse auswirken, welche Kosten entstehen, ist Prüfungsmaßstab des Unrichtigkeitskriterium. Offensbare Unrichtigkeit liegt nur dann vor, wenn sich diese einem sachkundigen Betrachter (nicht dem Gericht) sofort aufdrängt.<sup>109</sup> Diesem Betrachter wird jedoch durchaus eine eingehende Prüfung zugestanden. Es muss sich um offensichtliche Fehler handeln, die das Gesamtergebnis verfälschen.<sup>110</sup>

### c) Unvollständige Begründung

Die Rechtsprechung stellt der offensichtlichen Unrichtigkeit die Fälle der Unvollständigkeit und Lückenhaftigkeit des Gutachtens gleich.<sup>111</sup> Die Lückenhaftigkeit muss dergestalt sein, dass selbst ein Fachmann das Gutachtensergebnis aus dem Zusammenhang des Gutachtens nicht überprüfen kann. Diese Art von Unrichtigkeit wird jedoch im Allgemeinen für sich allein nicht geeignet sein, einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Insofern zählt das Ergebnis und nicht die Begründung.

### d) Prüfungsgrundlage

Der Rechtsanwalt hat hinsichtlich der Klageerhebung zu bedenken, dass die offensbare Unrichtigkeit grundsätzlich nach der Sachlage und dem Streitstand zu beurteilen ist, der dem Schiedsgutachter unterbreitet worden ist.<sup>112</sup> Hat der Schiedsgutachter Untersuchungen und Prüfungen angestellt, ist der dadurch bei sorgfältigem Vorgehen erzielbare Erkenntnisgewinn zu berücksichtigen. Insofern spielt eine Rolle, ob die Parteien vertraglich ein bestimmtes Vorgehen vereinbart und damit dem Schiedsgutachter die Verfahrensweise vorgegeben haben. Diesbezügliches sollte in dem Schiedsgutachtervertrag geregelt werden, der zwischen dem Schiedsgutachter und den streitenden Parteien geschlossen werden muss. Dieser Vertrag ist Werkvertrag, weswegen sich die Ansprüche der Parteien grundsätzlich aus §§ 633 ff BGB ableiten.

## 2. Haftung für sonst verursachte Schäden

Selbstverständlich steht der Schiedsgutachter auch für die Schäden ein, die er vorwerfbar im Rahmen seiner Prüfungs- und Untersuchungsmaßnahmen unter Verletzung von Nebenpflichten oder Missachtung des Integritätsinteresses an Rechtsgütern anderer verursacht hat. Hierfür gelten die Regeln nach § 280 BGB wie auch aus unerlaubter Handlung.

## F. Ansprüche gegen Qualitätsüberwacher

Im Baubereich werden in unterschiedlichen Zusammenhängen Qualitätsüberwacher eingeschaltet. Der Bauherr kann solche neben dem Architekten oder sonstigen Planer zur zusätzlichen Sicherung der Qualität einschalten. Der Unternehmer ist nach manchen technischen Regelwerken zur Zuziehung von Qualitätsüberwachern gehalten, die als „Fremdüberwacher“ bezeichnet werden.

### I. Der Qualitätsüberwacher neben dem Planer (baubegleitende Qualitätsüberwachung)

Der Bauherr kann einen Bausachverständigen als eigenständigen Qualitätsüberwacher zusätzlich zum beauftragten Planer einschalten. Treten am Bauwerk Mängel auf, stellt sich die Haftungsfrage dieses Qualitätsüberwachers.

109 BGH 21.4.1993 – XII ZR 126/91, NJW-RR 1993, 1034 = IBR 1993, 492.

110 BGH 22.4.1965 – VII ZR 15/65, NJW 1965, 1523.

111 BGH 25.1.1979 – X ZR 40/77, NJW 1979, 1885; BGH 16.11.1987 – II ZR 111/87, NJW-RR 1988, 506.

112 BGH 25.1.1979 – X ZR 40/77, NJW 1979, 1885.

- 160 **Hinweis:** Vor Erhebung einer Klage muss geprüft werden, was ein derartiger Qualitätsüberwacher schuldet. Schuldet er nur Dienste oder schuldet er ein Werk und damit einen Erfolg? Welches Werk wird geschuldet, verspricht der Qualitätsüberwacher das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks durch seine Überwachung und ist er damit wie ein Planer zu behandeln,<sup>113</sup> oder ist das Werk „lediglich“ eine gutachterliche Stellungnahme zum qualitativen Werkzustand im jeweiligen Zeitpunkt der vom Sachverständigen zu bestimmenden Prüfung? Maßgeblich ist der Vertragsinhalt. Auch dann, wenn die Aufgaben im Vertrag nach Art eines Pflichtenheftes näher beschrieben werden, besteht die Notwendigkeit den Vertragstyp danach einzuordnen, ob der Sachverständige lediglich Handlungen schuldet, und das Risiko der Erreichung der Ziele mittels dieser Handlungen bei dem Auftraggeber liegt oder ob der Sachverständige einen Erfolg schuldet, damit insoweit das Risiko trägt und die Handlungen lediglich Mittel zur Erfolgssicherung sind.
- 161 Ob und unter welchen Voraussetzungen deshalb eine Klage gegen den Qualitätsüberwacher berechtigt ist, bestimmt sich in erster Linie danach, wie der geschlossene Vertrag einzuordnen ist und was konkret die Vertragsparteien vertraglich vereinbart haben. Der Bauherr will jedenfalls durch die Einschaltung eines weiteren Fachmanns neben dem Planer, dessen Aufgabe im Rahmen der Objektüberwachung darin besteht, dass das Werk mangelfrei entsteht,<sup>114</sup> baubegleitend dafür gesorgt wissen, dass das Werk den vorgesehenen qualitativen Anforderungen entspricht (**baubegleitende Qualitätssicherung**). Vertragsrechtlich kann dieses Ziel jedoch auf unterschiedliche Weise erreicht werden, nämlich durch die Beauftragung von Dienstleistungen oder den Abschluss eines Werkvertrags. Wird der Werkvertragscharakter bejaht, muss das geschuldete Werk bestimmt werden. Ist das Werk bei Qualitätsüberwachung bereits ab Beginn der Planungsphase die sach- und fachgerechte Planung und weiter das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks durch Überwachung,<sup>115</sup> oder beschränkt sich das Werk auf die ordnungsgemäße Überwachung, also die einwandfreie Begutachtung des Planungs- oder Bauzustandes. Das ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

#### 1. Klageart

- 162 Gleichgültig wie die Rechtsbeziehung einzuordnen ist, erweist sich die zutreffende Klage immer als eine Schadensersatzklage. Das ist bei Qualifizierung als Dienstvertrag selbstverständlich, weil mangels eines eigenständigen Haftungsrechts auf die Pflichtverletzung und damit auf § 280 BGB zurückzugreifen ist. Bei Einstufung als Werkvertrag, gelten die im § 6 Teil B Rn ■■■■ dargestellten Regeln. Die Klage ist deshalb typischerweise eine Schadensersatzklage, weil sich beim Auftreten von Mängeln am Bauwerk durch Nacherfüllung nichts mehr bewirken lässt. Die Nacherfüllung ist unmöglich, weswegen über §§ 636, 280 BGB nur eine Klage auf Ersatz des durch die mangelhafte Leistung verursachten Schadens in Betracht kommt.

#### 2. Vertragsnatur

- 163 Der Qualitätsüberwacher kann nach dem Vertragsinhalt zu einer lediglich stichprobenartigen Prüfung und Mängelerfassung zu im Vertrags bereits genannten Zeitpunkten oder nach freier Festlegung an ebenfalls bereits bestimmten oder durch den Sachverständigen zu bestimmenden Leistungen (Planungsleistungen und oder Bauleistungen) verpflichtet sein. In Betracht kommt auch eine echte baubegleitende Qualitätsüberwachung, worunter eine solche zu verstehen ist, die sich nicht lediglich auf Stichproben in einem bestimmten Umfang beschränkt.
- 164 **Beispiel:** „Der Qualitätsüberwacher nimmt während der Ausführungsphase insgesamt 5 Baustellenbesuche vor und prüft dabei folgende Bauteile.“ Das ist die stichprobenartige Mängelerfassung. Eine umfassendere und echte baubegleitende Qualitätsformulierung wird zB wie folgt

113 Vgl § 6 Teil B Rn ■■■■.

114 Vgl § 6 Teil B Rn ■■■■.

115 Vgl § 6 Teil B Rn ■■■■.

## § 8

## F. Ansprüche gegen Qualitätsüberwacher

zum Ausdruck gebracht: „Der Qualitätsüberwacher überwacht die vertragskonforme und regelgerechte Ausführung sämtlicher Bauleistungen. Die Präsenzpflcht des Qualitätsüberwachers bestimmt sich nach den sich aus Satz 1 ergebenden Erfordernissen, die sich insbesondere daran ausrichten, welcher Überwachungsbedarf bezüglich der zur Ausführung kommenden Leistungen aus technischen und vertragsrechtlichen Gesichtspunkten besteht.“

### a) Dienstvertrag

Eine Schadensersatzklage auf dienstvertraglicher Grundlage wird unabhängig von der typologischen Einordnung eines Qualitätsüberwachungsvertrages – lediglich Stichproben oder echte baubegleitende Qualitätsüberwachung – regelmäßig ausscheiden. Der Wille des Bauherrn, der die Abwicklung seiner Baumaßnahme qualitativ begleitet wissen will, zielt dahin, dass die vom Überwacher vorzunehmenden Handlungen einen Erfolg bezwecken, für dessen Eintritt nicht er, sondern der beauftragte Sachverständige einzutreten hat. Die an §§ 133, 157 BGB ausgerichtete Vertragsauslegung wird regelmäßig zum Werkvertrag führen.<sup>116</sup> Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, welches Werk der Qualitätsüberwacher schuldet. Als Werk kommt in Betracht entweder ein Gutachten oder das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks durch Überwachungsleistung, wenn solche vom Qualitätsüberwacher geschuldet sind.<sup>117</sup>

### b) Werkvertrag

Der BGH hat einen Vertrag, nach dessen Inhalt ein Sachverständiger lediglich präventiv und stichprobenartig Mängel erfassen sollte, als Werkvertrag eingeordnet.<sup>118</sup> Nach einem vertraglich vorgesehenen Untersuchungsplan waren 5 Mängelerfassungen bei ca. einer Mängelerfassung pro Monat vorgesehen. Eine der Formulierungen lautete: „Diese Baustellenbesuche sind eine gutachterliche Erfassung von Mängeln, Abweichungen von den einschlägigen DIN-Vorschriften und den Regeln der Baukunst.“

Hatte die Vorinstanz noch einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter bejaht, geht der BGH von einem Werkvertrag aus. Die entscheidenden Aussage lautet: „Auch stichprobenartige Kontrollen sind eine erfolgsbezogene, auf die Erfassung der bei der jeweiligen Begutachtung erkennbaren Mängel gerichtete Tätigkeit. Der geschuldete Erfolg bezieht sich darauf, dass die bei den vereinbarten Baustellenbesuchen von einem Fachkundigen erkennbaren Mängel ermittelt und beanstandet werden.“<sup>119</sup>

### c) Werk

Die exakte Werkbestimmung ist für die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen den Qualitätsüberwacher von erheblicher Bedeutung. Denn ist das Werk des Qualitätsüberwachers das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks, dann gelten auch hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast die Regeln, die für den Planer selbst einschlägig sind.<sup>120</sup>

**Beispiele:** Das Bauwerk weist Putzmängel auf; es sind Unebenheiten und Risse vorhanden, die der Sachverständige im Prozess darauf zurückführt, dass die Oberlage des Putzes zu früh auf die untere Lage aufgebracht worden ist. Eine Stützmauer droht wegen unzureichender Gründungstiefe und fehlender Drainage einzustürzen.

Der Nachweis einer Pflichtverletzung des Architekten kann durch einen Anscheinsbeweis erleichtert sein, wenn der typische Geschehensablauf dafür spricht, dass die Überwachung des Architek-

116 Neyheusel, BauR 2004, 401, 405.

117 Vgl. Schulze-Hagen, IBR 2002, 87 für Gutachten (anders *ders.*, jedoch in: Festschrift für Kraus, S. 219, 222); Neyheusel, BauR 2004, 401, 409 (der Werkerfolg liegt in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen).

118 BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315 = IBR 2002, 87 und 88.

119 BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315, 317 = IBR 2002, 87 und 88.

120 Vgl. diesbezüglich § 4 Teil C Rn ■■■■ und § 6 Teil B Rn ■■■■.

ten mangelhaft war. Dann muss der Architekt den Beweis des ersten Anscheins durch konkreten Vortrag seiner Überwachungstätigkeit ausräumen.<sup>121</sup> Eine solche Erleichterung scheidet dann aus, wenn der Qualitätsüberwacher lediglich mit stichprobenartiger Erfassung der Mängel zu bestimmten oder vom Sachverständigen zu bestimmenden Zeitpunkten beauftragt war.

#### d) Gutachten als Werk

- 171 Der BGH<sup>122</sup> bezeichnet bei einer lediglich stichprobenartig durchzuführenden Qualitätssicherung (**Stichproben-Qualitätssicherung**), die der gutachterlichen Erfassung von Mängeln und Abweichungen von den einschlägigen DIN-Vorschriften und den Regeln der Baukunst dient, als den geschuldeten Erfolg die Ermittlung und Beanstandung der bei den Baustellenbesuchen von einem Fachkundigen erkennbaren Mängel.
- 172 **Hinweis:** Dann kann sich der Kläger im Vortrag nicht darauf beschränken, am Bauwerk seien Mängel aufgetreten, wofür der Qualitätsüberwacher nach Anscheinsregeln einzustehen habe. Vielmehr ist vorzutragen und notfalls auch zu beweisen, dass gerade dieser Mangel bei der stichprobenartigen Untersuchung hätte erfasst werden müssen und deshalb das Gutachtensergebnis unrichtig war.
- 173 Der Sachverständige, der mit einer **Stichproben-Qualitätssicherung** beauftragt worden ist, steht nur für die Richtigkeit seiner gelieferten Begutachtungen ein oder haftet – bei freier Bestimmung der Baustellenbesuche und zu prüfenden Bauteile – dann, wenn ihm gegenüber der begründete Vorwurf erhoben werden kann, gerade diese Bauteile hätten überprüft werden müssen. Soweit *Schulze-Hagen*<sup>123</sup> einen Qualitätsüberwacher generell für verpflichtet hält, die Arbeiten der Bauunternehmer, Planer und sonstigen Baubeteiligten so zu überwachen, dass das Bauwerk plangerecht und mängelfrei zur Vollendung kommt, widerspricht dies der Feststellung an anderer Stelle, der Erfolgsbezug bestehe in der Erfassung der bei der jeweiligen Begutachtung erkennbaren Mängel. Diese Auffassung stimmt auch nicht mit der BGH-Rechtsprechung<sup>124</sup> überein und trifft den Willen der Vertragsparteien dann nicht, wenn die Baustellenbesuche „lediglich“ der gutachterlichen Erfassung von Mängeln und Abweichungen dienen. Dann besteht das Werk in einem **Gutachten** und nicht darin, durch Überwachung für das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks zu sorgen. Für die **Verjährung** gilt deshalb nicht § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB, sondern – wie bei gutachterlichen Leistungen im Übrigen<sup>125</sup> – § 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB mit Verweis auf die allgemeinen Verjährungsregeln.<sup>126</sup> Soweit *Neyheusel*<sup>127</sup> bei einem Qualitätsüberwacher einen Werkvertrag mit Planungs- und Überwachungsinhalten mit Verjährungsfolgen nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB unabhängig davon bejaht, wie viele Baustellenbesuche geschuldet sind und ob die Überprüfung nur stichprobenartigen Charakter haben soll, bleibt unbeachtet, dass gerade durch diese Vorgaben der geschuldete Erfolg geprägt wird. Sollen lediglich punktuelle und stichprobenartige Überprüfungen vorgenommen werden, bestimmt dies den geschuldeten Erfolg. Dieser kann nicht dahin gehen, dass das mangelfreie Entstehenlassen des Gesamtobjekts geschuldet wird (§§ 133, 157 BGB). Werk ist dann lediglich das, was durch die Überprüfungen – diese sachgerecht vorgenommen – hätte festgestellt werden können.

#### e) Mangelfreies Entstehenlassen des Bauwerks als Werk (baubegleitende Qualitätssicherung)

- 174 Bei einer baubegleitenden Qualitätssicherung verfolgt der Auftraggeber nicht das Ziel, lediglich punktuell und präventiv über den Zustand des Objekts und der Leistungen einzelner Baubeteilig-

121 BGH 16.5.2002 – VII ZR 81/00, BauR 2002, 1423 = IBR 2002, 494.

122 BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315, 317 = IBR 2002, 87 und 88.

123 In: FS für Kraus, S. 219, 222.

124 BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315, 317 = IBR 2002, 87 und 88.

125 Vgl oben Rn ■■■135.

126 AA *Neyheusel*, BauR 2004, 401, 409.

127 BauR 2004, 401, 405.

ter informiert zu werden. Der Sachverständige, der die Aufgabe einer baubegleitenden Qualitätsüberwachung übernimmt, wird neben dem objektüberwachenden Architekten oder Fachplaner für das mangelfreie Gelingen des Gesamtobjekts verantwortlich. Das geschuldete Werk ist kein Gutachten, sondern das mangelfreie Entstehenlassen des körperlichen Bauwerks durch Überwachung. Die Leistung gleicht insoweit voll der des objektüberwachenden Architekten nach § 15 Abs. 2 Nr. 8 HOAI. Der Unterschied besteht darin, die Präsenzverpflichtung und die Untersuchungs-/Diagnosedichte im Vergleich zu der des Architekten intensiviert sind.<sup>128</sup> Denn wer einen Sachverständigen als baubegleitende Qualitätsüberwacher einschaltet, erwartet von diesem, dass er dabei auch seine überragenden Fach- und Sachkenntnisse einbringt. Grundsätzlich gelten demnach für eine gegen einen baubegleitenden Qualitätsüberwacher zu erhebenden Klage die bei Klage gegen einen Architekten wegen Verletzung der Objektüberwachungsverpflichtung maßgeblichen Gesichtspunkte.<sup>129</sup> Der den Qualitätsüberwacher treffende Pflichtenkreis ist bei Fehlen von diesbezüglichen Vertragsvereinbarungen hinsichtlich zB Geräteinsatz, Präsenzpflicht dichter als bei einem Architekten. Die Regeln des Anscheinsbeweises greifen voll.<sup>130</sup> Die **Verjährung** bestimmt sich nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB, weil Überwachungs- und keine Gutachterleistungen erbracht werden.<sup>131</sup> Der Umstand, dass der baubegleitende Qualitätsüberwacher regelmäßig kein Weisungsrecht gegenüber Planern und Handwerkern hat, spricht nicht gegen die vorgenommene Werkbestimmung.

## II. Qualitätsüberwacher als Fremdüberwacher (anerkannte Überwachungsstelle)

Die Ausgangssituation für Klagen gegen Fremdüberwacher ist folgende: Der Unternehmer führt 175 auftragsgemäß Leistungen aus, die nach Technikregeln oder auf Grund der mit dem Auftraggeber getroffenen Vereinbarung einer Fremdüberwachung unterliegen. Die Leistung misslingt, der Unternehmer wird von dem Auftraggeber nach Sachmangelhaftungsregeln in Anspruch genommen. Der Unternehmer wirft dem Fremdüberwacher Pflichtverletzung vor und will ihm gegenüber regressieren. Ist der Unternehmer zur Mängelbeseitigung nicht mehr in der Lage, könnte der Auftraggeber bei Einordnung der Vertragsbeziehung des Fremdüberwachters mit dem ausführenden Unternehmer als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter direkte Ansprüche gegen den Fremdüberwacher haben.

### 1. Fremdüberwachung nach technischen Normen

Abgesehen von der erforderlichen Fremdüberwachung im Rahmen der Produktherstellung,<sup>132</sup> die 176 allein den Produzenten interessiert, fordern technische Regelwerke auch bei der Erbringung von Werkleistungen eine Fremdüberwachung. Dabei wird der Begriff des Fremdüberwachters durch „anerkannte Überwachungsstelle“ ersetzt.<sup>133</sup> Derartige fordert zB die Instandsetzungs-Richtlinie des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton, Ausgabe Oktober 2001, Teil 3, im Abschnitt 2.3, für Arbeiten zum Schutz und zur Instandsetzung von Betonbauteilen. Der Einbau von Betonen der Überwachungsklassen 2 und 3 – das sind nach der DIN 1045, Teil 3, Ausgabe 2001, Tabelle 3 – Betone der Festigkeitsklassen ab C 30/37 unterliegen der Überwachung durch eine Überwachungsstelle nach Anhang C der DIN 1045, Teil 3, Ausgabe 2001.

128 AA Schulze-Hagen, in: FS für Kraus, S. 219, 226.

129 Vgl § 6 Teil B Rn ■■■■.

130 BGH 16.11.2002 – VII ZR 81/00, BauR 2002, 1423 = IBR 2002, 494 bezüglich eines objektüberwachenden Architekten.

131 Neyheusel, BauR 2004, 401, 409.

132 ZB DIN 18807-9, Trapezprofile im Hochbau, Abschnitt 5.1: „In jedem Herstellerwerk ist die Einhaltung der nach Abschnitt 4 geforderten Werkstoff- und Bauteileigenschaften durch einen Übereinstimmungsnachweis, bestehend aus einer werkseigenen Produktionskontrolle durch den Hersteller und einer Fremdüberwachung nachzuweisen.“ Ähnlich auch zB DIN 18150 Teil 2, Baustoffe und Bauteile für Hausschornsteine Formstücke aus Leichtbeton, Abschnitt 4; DIN 18163, Wandplatten aus Gips, Abschnitt 5.

133 Vgl Instandsetzungs-Richtlinie des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton, Oktober 2001, Teil 3, Abschnitt 2.3.

## 2. Fremdüberwachung nach vertraglichen Vereinbarungen

- 177 Eine Fremdüberwachung kann auch durch Vertrag vorgesehen werden. Darauf wird vorformuliert zB in den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen und Richtlinien für Ingenieurbauten, ZTV-ING, Teil 1, Abschnitt 1, Ziff. 2.3.3, und Teil 3, Abschnitt 4, Ziff. 1.8.3 aufmerksam gemacht.

## 3. Ansprüche des überwachten Unternehmers gegen Fremdüberwacher (Überwachungsstelle)

- 178 Macht der Unternehmer wegen an seiner Leistung aufgetretenen und vom Auftraggeber gerügten Mängeln Ansprüche gegen den Fremdüberwacher geltend, ist entscheidend die Vertragsnatur. Diese leitet sich aus den Aufgabenbeschreibungen ab. Diesbezüglich ist an erster Stelle zu klären, ob die Leistungen der Überwachungsstelle überhaupt dazu bestimmt sind, eine mangelfreie Leistung des Unternehmers zu sichern, sei dies durch gutachterlich festzustellende Mängel an der Leistung oder durch die Aufgabe, die mangelfreie Erbringung der Leistung überhaupt sicherzustellen. Entscheidend ist der Inhalt des Überwachungsvertrages.

### a) Überwachungsvertrag nach technischen Vorgaben

- 179 Die DIN 18200 beschreibt die Fremdüberwachung im Rahmen der Herstellung von Bauprodukten und ist deshalb unmittelbar nicht einschlägig. Die DIN 1045 Teil 3, Ausgabe 2001, beschreibt im Anhang C unter C.3 Art und Umfang der bei der Einbringung von Betonen ab der Festigkeitsklasse C 30/37 vorzunehmenden Überwachungsleistungen sehr genau und differenziert zwischen Pflichtaufgaben und Kannaufgaben. Pflichtaufgabe ist die Kontrolle der **Eigenüberwachung** des Unternehmers; zu den Kannaufgaben gehören neben der Prüfung von Maschinen und Gerät auch zB die Frischbetoneigenschaften und die Festigkeit des Betons im Bauwerk.

### b) Überwachungsvertrag nach vertraglicher Vereinbarung

- 180 Nach der Instandsetzungs-Richtlinie des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton, Teil 3, Abschnitt 2.3.2 hat die Überwachungsstelle in die Ausführungsunterlagen und Aufzeichnungen der Eigenüberwachungsstelle des ausführenden Unternehmers Einblick zu nehmen. Soweit möglich ist die Durchführung der Instandsetzungsmaßnahme zu überprüfen wobei im Regelfall die Baustoffe, die Maschinen, die Durchführung der Arbeiten nach den Arbeitsplänen und die Eignung sowie Unterrichtung des Baustellenfachpersonals zu prüfen sind. Nur in begründeten Zweifelsfällen sind durch die Überwachungsstelle Probenahmen und Prüfungen der Leistung veranlasst.

### c) Vertragsnatur

- 181 Hieraus folgt, dass Inhalt des Überwachungsvertrages nicht die technische Bauüberwachung mit dem Ziel ist, dass die dem zu überwachenden Unternehmer beauftragte Leistung mangelfrei gelingt. Die Überwachungsstelle hat auch nicht die zentrale Aufgabe der Begutachtung der Leistung auf ihre Mangelfreiheit hin. Vielmehr ist zentral die Überwachung der **Eigenüberwachung**. Der Überwachungsvertrag nach den genannten technischen und vertragsrechtlichen Regeln ist deshalb kein Werkvertrag mit der Erfolgsverpflichtung, durch die Überwachung dafür zu sorgen, dass die vom Unternehmer zu erbringende Leistung mangelfrei gelingt. Nach einem Überwachungsvertrag hat der Fremdüberwacher keinen erfolgsbezogenen Beitrag zur Verwirklichung des Bauwerks zu leisten.<sup>134</sup> Wenn überhaupt ein Werkvertrag anzunehmen ist, dann besteht das Werk in der Prüfung der Eigenüberwachung des Unternehmers. Ansonsten liegt ein Dienstvertrag nahe, wobei diese Dienste jedoch nur dazu bestimmt sind, dem Unternehmer in dem Sinne zu dienen, dass er seine Eigenüberwachung verbessert und Schwachstellen in seinem Unternehmen

<sup>134</sup> Vgl. BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315, 316 = IBR 2002, 87 und 88.

## § 8 G. Ansprüche gegen den Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator

beseitigt. Die Verpflichtung des Fremdüberwachers verfolgt nicht den Zweck, Mängel an der konkret beauftragten Leistung des Unternehmers im Rahmen eines Bauvertrags zu entdecken, zu begutachten und zu melden.<sup>135</sup>

### d) Folgerungen

Daraus folgt, dass Ansprüche des überwachten Unternehmers wegen der eigenen mangelhaften Leistung gegen die Überwachungsstelle ausgeschlossen sind. Gleiches gilt für den Bauherrn, für den im Übrigen der Überwachungsvertrag kein Vertrag mit Schutzwirkung ist. Insoweit haben die Parteien keinen Einbeziehungswillen; außerdem steht der Fremdüberwacher nach dem Überwachungsvertrag nicht für die Mangelfreiheit der Unternehmerleistung, sondern nur dafür ein, dass die Fremdüberwachung sachgerecht vorgenommen wird. 182

## G. Ansprüche gegen den Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator

Ansprüche gegen den Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator hängen mit der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz auf Baustellen (Baustellenverordnung – BaustellV) vom 10. Juni 1998 zusammen. Diese Verordnung legt dem Bauherrn für in § 2 BaustellV näher beschriebene Baustellen bestimmte Pflichten auf, für die dieser Koordinatoren einschalten kann (§ 4 BaustellV). 183

Die BaustellV dient nach § 1 Abs. 1 BaustellV der wesentlichen Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten auf der Baustelle. Der Koordinator hat deshalb mit der Bauleistung nur unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes zu tun. Vertraglich wird dem Koordinator nur die Koordinierung der Belange der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes zwischen den Baubeteiligten übertragen. Unter Mangelgesichtspunkten ist der Koordinator hinsichtlich der Nutzungsphase nur nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 BaustellV insofern gefordert, als er Unterlagen mit den erforderlichen, bei möglichen späteren Arbeiten an der baulichen Anlage zu berücksichtigenden Angaben zur Sicherheit und Gesundheitsschutz zusammenzustellen hat. Insofern kann gegen den Koordinator eine Schadensersatzklage erhoben werden, wenn sich in der Nutzungsphase herausstellt, dass zB Glasfassaden oder Dächer ohne erforderliche Sicherheitshaken erstellt wurden, was unter **Unfallvermeidungsgesichtspunkten** nachgeholt werden muss und im Vergleich zu einer von vornherein richtigen Ausführung mit einem größeren Kostenaufwand verbunden ist. Der sich für den Koordinator ergebende Pflichtenkreis ist den „Regeln zum Arbeitsschutz auf Baustellen 32“ (RAB 32) vom 18.6.2002<sup>136</sup> zu entnehmen. Mit der vom Koordinator nach § 3 Abs. 2 zu erstellenden Unterlage soll der Koordinator gerade die Voraussetzungen für eine sicherheits- und gesundheitsgerechte Gestaltung der späteren Arbeiten auch in der **Nutzungsphase** schaffen.<sup>137</sup> Wird diesen Anforderungen nicht Rechnung getragen, weist das Werk des Koordinators gem. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB einen Sachmangel auf, was bei Unmöglichkeit der Nachbesserung die Schadensersatzpflicht nach §§ 636, 280 BGB auslöst. Im Übrigen ist der Sicherheitskoordinator bei Verletzung seines Pflichtenkreises schadensersatzpflichtig, wenn es zu Gesundheitsschäden und Körperverletzungen kommt, die gerade durch seine Tätigkeit hätten vermieden werden müssen.<sup>138</sup> 184

135 Vgl. BGH 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2002, 315, 316 = IBR 2002, 87 und 88.

136 BarbBl. 01/2003, S. 99 ff.

137 Vgl. Meyer, BauR 2004, 1225, 1229.

138 OLG Bamberg 11.9.2002 – 8 U 29/02, NZBauR 2003, 615 = IBR 2004, 143; Meyer, NZBau 2003, 607.